١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

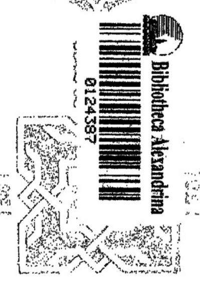
ضمان العدوان في الفقه الإسلامي

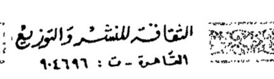
دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية في القانون

تأليف

الدكتور / محمد أحمد سراج

كلية دار العلوم ـ جامعة القاهرة





الثقافة للنشر والتوزيع

القاهرة - ت : ٩٠٤٦٩٦

ضمان العدوان

فى الفقه الإسلامى

الدكتور

محمد أحمد سراج

سعد سمك للنسخ والطباعة

١٨٥ ش ترعة الجبل حدائق القبة



تقديم

مجال هذه الدراسة هو النظر فى موضوع الضمان الناشىء عن التعدى بارتكاب فعل غير مشروع ضار بالغير فى مصلحة من المصالح التى تتعلق ببدن هذا الغير أو ماله أو أى حق من حقوقه . الهدف المقصود من هذا النظر هو بيان القواعد والمفاهيم التى اعتمد عليها فقهاء الشريعة فى أحكامهم على هذه الأفعال الضارة أو غير المشروعة مع عقد مقارنة بين هذه القواعد والمفاهيم من جهة وبين مقابلها القانونى من جهة أخرى . ولعل فى ذلك ما يساعد على التعريف بحقيقة الثروة التشريعية العظيمة التى دونها أسلافنا اعتمادا على المبادىء الخالدة لمصدرى الشريعة : القرآن الكريم والسنة النبوية . لقد أرسى هذان المصدران ومبدأ مسئولية كل إنسان عن فعله ، وأوجبا رفع الضرر بجميع أنواعه ، وحددا وسائل رفع الضرر فاستطاع الفقهاء المسلمون بالبناء على ذلك التوصل إلى قواعد الضمان على نحو لم يتيسر لغيرهم إلا فى العصر الحديث بعد الاطلاع على ما جادت به قرائح الفقهاء المسلمين . وللدلالة على سبق الإسلام فى هذا المجال تكفى الإشارة إلى اعتراف الفقه الإسلامى بالصدمة العصبية Nervous shoch والتعسف فى استعمال الحق Abuse of right والإزعاج Nuisance والإهمال Negligence أسبابا توجب الضمان فى حين أن القانون الانجليزى على سبيل المثال لم يصل إلى هذه المفاهيم إلا فى العصر الحديث .

والمأمول أن تيسر هذه المقارنة على القانونيين المسلمين تقدير هذه الثروة التشريعية والعمل على تطبيقها والاستمداد منها حتى يقوموا بواجبهم فى الاحتكام إلى شرع الله عز وجل وفى قيادة أمتهم إلى تحقيق التغيير التشريعى المنشود . ومن حق الباحث فى الفقه الإسلامى وواجبه فى الوقت نفسه أن يتطلع إلى الفوائد العملية التى يحققها بحثه . ومن الواجب كذلك أن يتعاون كل من طلاب الفقه

الإسلامى وطلاب القانون على حل « المشكلة القانونية والتشريعية » التى يواجهها العالم الإسلامى فى أيامنا هذه . وتتمثل هذه المشكلة من الوجهة الاعتقادية فى أن المسلمين يحتكمون إلى قانون يخالف ما توجبه عليهم عقيدتهم ، ومن الوجهة الحضارية فى عجز هذا القانون بجموده وغرابته عن تأييد تطلعات الأمة الإسلامية إلى التقدم . لقد فرض الغرب على الأمة الإسلامية هذه القوانين بحد السيف ، لا حبا فينا بل عملا على إضعافنا . وقد آن الأوان للتخلص من هذا الذى فرض علينا .

ولا شك فى أهمية موضوع الضمان فى أى نظام تشريعى ، لا من حيث كونه سببا فى شغل الذمة بحق للغير فحسب ، بل ولتأثيره فى تنظيم السلوك فى المجتمع وحفظ الحقوق والمصالح الخاصة وإقامة العدالة الاجتماعية . وهذا هو الذى يلتفت إليه أبو محمد بن غانم البغدادى[1] الذى عاش فى القرن الحادى عشر الهجرى (السابع عشر الميلادى) فى صدر كتابه مجمع الضمانات فى مذهب أبى حنيفة الذى يعد أول كتاب ألف فى هذا الموضوع فى العالم ، حيث يقول : (معرفة مسائل الضمانات من أهم المهمات ، إذ أكثر المنازعات فيها تقع والخصومات . وخصوصا من تقلد القضاء والإفتاء فهى فى حقه فرض بلا امتراء ، فإن الخطأ فيهايورث حزنا طويلا .. ثم لا يخفى وجوب معرفتها على كل مسلم يخاف على دينه ويخشى مقام ربه ليحترز عما يترتب عليه بسببه حق من حقوق العباد ، فإنها إذا وجبت فى الذمة لا يبرأ عنها إلا بالإبراء والاستحلال وطلب الرضا فيما له وما لها . نسأل الله العصمة عنها وعن وبالها)[2] . ومن هنا فإن أهمية موضوع الضمان ترجع إلى كثرة المنازعات والخصومات المتعلقة بأحكامه ، ولذا وجبت معرفة القاضى بهذه الأحكام . وترجع هذه الأهمية كذلك إلى طبيعة المصالح التى يحميها نظام الضمان ، ولذا يؤدى خطأ القاضى فيها إلى حزن المتقاضى . ومن جهة أخرى فإن معرفة أحكام الضمان واجبة على المسلم ليبتعد عن السلوك الذى يوجبه ، وليفى بما وجب عليه فى ذمته تجاه غيره .

(١) معجم المؤلفين ١١/١١١ . (٢) مجمع الضمانات : ٢ .

وقد زادت أهمية نظام الضمان فى العصر الحديث لتزايد أعداد الحوادث والإصابات ، وتعقد الحياة الاجتماعية وكثرة مشاكلها ، وتنوع الأضرار المحتملة الوقوع فى هذا السياق العام ، ولذا تكثر القضايا المنظورة أمام المحاكم مما يتعلق بهذا النظام . يدل على ذلك تقرير Pearson الذى صدر عام ١٩٧٧ ، حيث جاء فيه أن عدد من من أصيبوا فى بريطانيا فى عام واحد يقرب من ثلاثة ملايين ، وأن من تقاضوا منهم تعويضات بفضل نظام الضمان يقرب من مائتى ألف ، بخلاف تلك التعويضات التى تصرف لهم تحت مظلة التأمينات الاجتماعية[١] . ويبلغ عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم البريطانية مما يتعلق بضمان التعدى ما يقرب من مائتين وخمسين ألفا ، تحكم المحاكم بالتعويض فى أكثر من ٨٥٪ من هذه القضايا[٢] . ويقطع ذلك بوجوب الاهتمام بهذا الموضوع وفهم مبادئه الشرعية والفقهية والاستمداد من هذه المبادىء فى صياغة إطار قانونى يحمى المصالح الخاصة ويرفع الضرر عن المظلومين ويحمل على الظلمة نتيجة ظلمهم ، فإنهم أحق بالحمل عليهم ، كما هى القاعدة الفقهية . ولا شك فى أن العالم الإسلامى فى أمس الحاجة إلى نظام شرعى للضمان ينبنى على عقائد الناس ويستحث ضمائرهم على العمل بأحكامه ؛ فإن النظم القانونية السائدة فى العالم الإسلامى منفصلة عن ضمائر الخاضعين لها ، وهى لذلك غير قادرة على التأثير فيهم ، والنتيجة هى ما نشاهده فى التطبيق العملى لأحكام الضمان أو المسئولية المدنية Civilliavility من بطء فى التقاضى وارتفاع تكلفته فى المتقاضين وصعوبة الانتصاف من المعتدين . وبذلك أصبح تأثير نظام الضمان على الضبط الاجتماعى للسلوك محدودا ، بل لا يكاد يحس . وعلى سبيل المقارنة فإن العالم الغربى يسعى إلى زيادة تأثير هذا النظام وفاعليته فى تحقيق الأهداف المرجوة منه عن طريق تشكيل اللجان المتخصصة وإعمال مقرراتها والبحث فى أوجه المشكلات التى يواجهها التطبيق العملى ، ويوجهون لقوانينهم فى هذا الشأن أسئلة جادة . أما نحن ففى غفلة تامة عن دراسة الضمان فى شريعتنا الإسلامية والتعرف على

---

(١) Dias and other, Tort Law, P. I. (٢) Tort: Cases and Material, Mathew, Mathew P. 21.

ما يجرى فى الواقع العملى بصدد تطبيقاته . والنتيجة فساد فى الفهم وفساد فى التطبيق ، حتى إن الاتجاه العام فى مجتمعنا ينفر من التعويض المادى عن الضرر الذى يحدثه أحدنا لغيره بعدوانه أو خطئه . ومن الشائع فى ظل هذا الفهم أن يفر المخطىء بخطئه وألا يؤاخذ بذنبه . وهذا هو الواقع المشاهد .

ويُوَاجِهُ الباحث لهذا الموضوع بصعوبات كثيرة ، من بينها عدم توافر الدراسات الفقهية المتعلقة بجوانبه فيما عدا كتاب الضمان الذى كتبه المرحوم الشيخ على الخفيف ونشره عام١٩٧٣ ، وكذلك كتاب الدكتور وهبة الزحيلى فى الموضوع نفسه الذى نشره عام ١٣٨٩ - ١٩٧٠ ، وكتاب المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الإسلامى المقارن الذى كتبه الدكتور سيد أمين لنيل درجة الدكتوره من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ونشره عام ١٩٦٤م . وإذا كان لهذه المؤلفات فضل الريادة فى تناول نظام الضمان فى السياقات الحديثة فإنها أغفلت توضيح كثير من جوانب هذا النظام والمفاهيم التى يتألف منها . والمأمول لهذا أن يتكفل البحث الذى أقدمه بتوضيح بعض ما لم يتيسر تقديمه من قبل .

وينبغى أن يكون واضحا من الناحية المنهجية أن الهدف من هذا البحث هو بناء التصور الفقهى الذى قدمه الأسلاف لنظرية الضمان فى تفسيرهم للمبادىء الشرعية العامة الحاكمة لهذه النظرية ، وذلك برصد إجابات هؤلاء الأسلاف من مظانها فى أبواب الفقه العديدة ، والترجيح بين آرائهم المختلفة على أساس قوة الدليل وتحقيق المصالح الشرعية والاتساق مع القواعد الكلية . وترجع صعوبة استخلاص هذا التصور وإعادة بنائه إلى أن الأحكام الجزئية التى حوتها كتب الفقه لا تكشف بيسر عن القواعد والمفاهيم التى كانت واضحة دون شك فى أذهان الفقهاء . وعلى سبيل المثال فإن أبا حنيفة يتوسع فى إطلاق حرية المالك فى التصرف فى ملكه أكثر من غيره من علماء مذهبه ومن سائر علماء المذاهب الأخرى . ويتخذ فقهه لذلك طابعا مميزا فى موضوعى الحجر والضمان الناشىء عن تصرف الإنسان فى ملكه . غير أن الفتوى فى المذهب كانت تختلف من عصر لآخر ومن فقيه لغيره بالاستناد إلى رأى الإمام أحيانا أو بترجيح رأى صاحبه

فى أحوال أخرى ، دون إشارة إلى أساس الاختلاف وقاعدته ، مما يؤدى إلى صعوبة فهم جزئيات الأحكام الفقهية وغموضها[1] . وهذا الجهد فى تحليل أحكام الجزئيات والاختلاف فيها وربط ذلك بالقواعد العامة يقتضى نوعا من التدخل الذاتى للباحث فى التقدير والاستنباط ، وهو ما يدخل فى دائرة الصواب والخطأ .

ومن جهة أخرى فإن هذا البحث يهدف إلى ربط التصور الفقهى المستخلص من الجزئيات والقواعد بالتفكير القانونى الحديث ، قصدا إلى تيسير فهم الأحكام الشرعية للضمان على طلاب الدراسات القانونية ورغبة فى إذكاء الحوار بينهم وبين طلاب الدراسات الفقهية . ولهذا حاولت إثبات المصطلحات القانونية ومراجعها كلما كان ذلك ضروريا . والخطورة التى أعد ببذل قصارى جهدى لتجنبها هى إمكانات اختلال التوازن بين طرفى المقارنة احتمالات فرض المفاهيم الخاصة بأحدهما على الآخر . وهذا الجهد فى الربط والمقارنة بين المفاهيم الفقهية والقانونية مدخل آخر للذاتية فى البحث واحتمال الصواب والخطأ .

ومن الناحية الشكلية فقد خطر لى تخصيص الصلب للدراسة الفقهية وإثبات ما يتعلق بالجانب القانونى فى الهوامش ، باعتبار أن هذه الدراسة دراسة فقهية . لكننى استبعدت هذا الاحتمال لما تخوفته من أن يشق ذلك على القارىء ويفسد عليه متابعة الموضوع . وقد فكرت كذلك فى علاج الجانب القانونى فى مباحث مستقلة تقدم للدراسة الفقهية ، ولكننى استبعدته كذلك ، حيث بدا

---

(١) من الفتاوى المتابعة لمذهب الإمام ما جاء فى مجمع الضمانات ص ١٥٢ : (لو اتخذ رجل بئرا فى ملكه أو بالوعة فوهن منها حائط جاره ، وطلب منه جاره تحويله لم يجب عليه ، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن . والشيخ الإمام ظهير الدين كان يفتى بظاهر الرواية) . ومنه كذلك : (لو هدم بيت نفسه فانهدم بيت جاره .. لا يضمن) . وفى ص ١٦٢ من المرجع نفسه أنه لو كان رجلان يدبغان جلودا فى حانوت واحد فأذاب أحدهما شحما فى مرجل نحاس ، فصب فيه ماء ليسكن فالتهب الشحم وأصاب السقف فاحترق متاع صاحبه وأمتعة الجيران لم يضمن) . ومن ذلك أيضا : (أنه لو أوقد نارا فى داره فأحرقت دار جاره لم يضمن لو أوقد نارا يوقد مثلها . وأطلق الجواب شمس الأئمة السرخسى وقال : لا يضمن) . ومن الواضح أن الخلاف بين الإطلاق والتقييد مرده إلى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى إطلاق حرية تصرف المالك أو تقييد حقه فى هذا التصرف بقيد عدم الإضرار بالغير واتخاذ ما يلزم من الاحتياط

لى أنه لا يحقق الفائدة المتوخاة من تعميق الوعى بالمفهوم الفقهى ، فضلا عما يؤدى إليه من تطويل غير مناسب . ووجدت لذلك أن الأولى بالاتباع هو تقديم الجانب الفقهى مع بيان مقابله القانونى كلما كان ذلك ضروريا للتحليل الفقهى ، بحكم أن هذه الدراسة فقهية تعتمد على المقارنة كأسلوب للتحليل والتوضيح .

قضية المصطلح :

اخترت عنوان هذا البحث ضمان العدوان لدلالته على مضمونه ولاستخدام الفقهاء له ؛ فهذا هو البزدوى يقسم الضمان إلى نوعين ، أولهما : ضمان العقد وثانى ضمان العدوان . وعبارته أن (ضمان العقد فاسدا كان أو جائز يجب بالتراضى وضمان العدوان يعتمد أوصاف العين)[١] . وفى تبيين الحقائق أن (ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع)[٢] . وترجع هذه التسمية إلى التعبير القرآنى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾[٣] . وفى هذا كله ما يؤيد اختيارى لهذا العنوان فى الدلالة على مضمون البحث الذى يشتمل على الأقسام التالية :

– التمهيد فى الجوانب التاريخية لتطور النظر فى هذا الموضوع فى التفكير القانونى .

– القسم الأول : مفهوم الضمان وأركانه .

– القسم الثانى : موجبات الضمان .

– القسم الثالث : الواجب بالضمان وبعض تطبيقاته العملية .

والله أسأل التوفيق فى القصد والنفع فى العمل إنه سميع مجيب .

د. محمد أحمد سراج

إسلام أباد فى ١٧ من ربيع الثانى ١٤٠٩

٢٨ من نوفمبر ١٩٨٨

---

(١) أصول البزدوى ص ٣١ . (٢) تبيين الحقائق للزيلعى ٥/٢٢٣ . (٣) البقرة : ١٩٤ .

التمهيد : تتبع تاريخى

١ – المسئولية :

يهدف أى نظام إلى صياغة الأحكام الضرورية لتيسير التعاون بين الناس وتحديد مسئولياتهم المتنوعة عما يقومون به من أفعال نافعة أو ضارة ، تحقيقا للمصالح وإبعاداً للمفاسد . ويشكل مفهوم المسئولية ، أو الأهلية والتكليف فى الاصطلاح الأكثر شيوعا فى الفقه الإسلامى ، عصب أى نظام تشريعى ، فإن الحكم القانونى مقصوده إنشاء الحقوق أو ترتيب الواجبات ، وهما وجها المسئولية . وتنقسم المسئولية فى النظم التشريعية بوجه عام إلى مسئولية يؤدى الإخلال بها إلى استحقاق العقوبة ، وهى المسئولية الجنائية ، وإلى مسئولية أخرى يوجب الإخلال بها مبدأ التعويض وهى المسئولية المدنية . وتختلف هاتان المسئوليتان فى أسبابهما كذلك ؛ فإن المسئولية الجنائية تنشأ من الإخلال بالحقوق العامة للمجتمع ومن تهديده فى تلك الحقوق أو المصالح التى لا يتيسر إقامة الحياة الاجتماعية بدونها . أما المسئولية المدنية فإنها تنشأ من الإخلال بحقوق الأفراد وتهديد مصالحهم الخاصة . وقد ركزت النظم القانونية المتطورة حاليا فى مراحل نموها على المسئولية الجنائية واهتمت بوضع العقوبات على الجرائم الخطيرة الأثر فى أداء المجتمع لوظائفه كالقتل Homicide والحرابةFootpad والسرقة وغيرها . واتسمت هذه القوانين بأخذ المجرمين بالشدة ، حتى إنها كانت تعاقب على الجرائم اليسيرة بأغلظ العقوبات .

٢ – فى القانون الرومانى :

اهتمت النظم القانونية فى مراحل تطورها بالمسئولية المدنية الناشئة عن التعاقدات ؛ فقد عرف الرومان أول ما عرفوا مصدرين اثنين للمسئولية

هما الجريمة والعقد . لكن الفصل بين هذين المصدرين لا يدل على الاتجاه للتمييز بين المسئوليتين : الجنائية والمدنية . ولذا كان من حق الدائن في القانون الروماني أن يستولى على شخص الجاني أو المدين وينتقم منه على النحو الذى يشاء[1] . ثم أضاف الرومان إلى مصادر المسئولية مصدرين آخرين هما شبه الجريمة وشبه العقد . ويضم مفهوم شبه الجريمة تلك الأعمال غير المشروعة كإخلال القاضى بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل فيصيب الغير . أما شبه العقد فيشمل الأعمال المشروعة التى تؤدى إلى إحداث النفع للآخرين ، كتصرفات الفضولى والإنفاق على مال الغير أو لحق من حقوقه كالإثراء بلا سبب وما إلى ذلك[2] .

٣ – وقد اتسم التفكير فى المسئولية التقصيرية فى القانون الرومانى بالخصائص التالية :

أ – عدم الفصل بين هذا النوع من المسئولية وبين غيره من أنواع المسئولية الأخرى كالعقدية والجنائية واختلاط مفهوم كل منها بما عداه .

ب – لم يفرض القانون الرومانى قاعدة عامة توجب تعويض الأضرار بجميع أنواعها ، وأوجبت النصوص القانونية بدلا من ذلك حق التعويض عن الضرر الناشىء من أعمال معينة حددتها هذه النصوص . وكانت هذه الأعمال فى البداية قليلة العدد ، ثم زادت شيئا فشيئا . يدل على ذلك أن هذا القانون كان يشترط فى الفعل الضار الموجب للتعويض أن يكون الفعل المنشىء للإتلاف ماديا وأن يقع الإتلاف على شيء مادى كذلك . فلو كان العمل غير مادى ، كما لو أزعج حيوانا بصوته فوقع فى النهر ومات لم يضمن ، وكذلك لو أطلق حيوانا من عقاله فهرب لم يضمن . وذلك لأن الفعل غير مادى فى المثال الأول والنتيجة أو التلف لم يحدث لعين المال فى المثال الثانى . وفيما بعد تخفف القانون من بعض هذه الشروط واستمسك ببعضها الآخر .

---

(١) انظر : The Decline and the Fall of Roman Empire, Gibbon P.142.

(٢) راجع : الوسيط للسنهورى : ١/١٢١ وما بعدها .

ج – لم يقم التعويض فى المسئولية التقصيرية على فكرة الخطأ ، بل كان الضرر هو السبب الواضح لقيام هذه المسئولية[1] .

٤ – وينطبق هذا الوضع على حالة التطور التى مرت بها القوانين الغربية المعتمدة على القانون الرومانى أو المتأثرة به فى أثناء العصور الوسطى . فقد استمرت أبحاث المسئولية التقصيرية مختلطة بأبحاث المسئولية الجنائية . ولذا يذهب بعض شراح القانون إلى أن أحكام المسئولية التقصيرية مستمدة من القانون الجنائى لا من القانون المدنى . وفى هذا يقول Baton إن المسئولية التقصيرية لها صلة وثيقة بالمسئولية الجنائية، لأن كثيرا من الأعمال غير المشروعة تشكل جريمة وخطأ تقصيريا فى وقت واحد[2] .ولم تتطور مباحث المسئولية الجنائية فى العصور الوسطى عما كانت عليه فى القانون الرومانى ، فارتبطت المسئولية بالضرر دون تفريق بين القصد الجنائى أو مجرد الخطأ والإهمال . ولذا كان الشخص معرضا للمسئولية الجنائية عن عمده وعن خطئه على السواء ، كما كان الصبى يعاقب كالعاقل البالغ[3]. وكذلك لم تعترف القوانين الغربية أثناء العصور الوسطى بنفى المسئولية للدفاع عن النفس Righ of Self Defence . ولم يكن الحادث القهرى الذى لا يمكن التحرز عنه سببا لدفع المسئولية كذلك . يقول هولدز ورث عن هذه الفترة : إن الدفاع عن النفس والحادث القهرى لم يعتبرا فى نظر القانون العرفى سببين لنفى المسئولية[4] .

وفى هذا الطور اعترف القانون العرفى بصور من المسئولية لا تلائم المنطق ولا الأخلاق ، فقد كانت الجمادات والحيوانات محلا للمسئولية ، كما كان الشخص يؤخذ بجريرة غيره إذا ارتكبت الجريمة بسلاحه[5] . وكذلك لم تعتبر التشريعات الغربية فى العصور الوسطى الإكراه من بين الأسباب المخففة للعقوبة أو المسئولية[6] .وفى مقابل ذلك أضفى القانون حمايته على بعض

---

(١) السابق : ١٢٢/١ .

(٢) انظر : A text book of Jurisprudence, G.W Paton P. 317 .

(٣) Potter's Historical Introduction to English law P. 357 .

(٤) A History of English Law by Holdsworth vol. 11 P. 51 .

(٥) An Introduction to the Philosophy of Law by Rosco Pound P. 80 .

(٦) A History of English Law by Holdsworth vol. III P. 371 .

الأشخاص ونفى عنهم المسئولية الجنائية عن أفعالهم ، وأعطاهم الحق فى حماية من يلجأون إليهم من المجرمين(1) . ولا عجب لذلك أن تخف قبضة القانون وسيطرته فى المجتمع البريطانى فى هذه الأثناء . ولذا يذكر هارولد لاسكى Harold Lasky (أن القانون بسلطانه وسيطرته فى بريطانيا قد أخذ يحمى الحقوق والحريات منذ مائتى عام فقط(2) ..

٥ – وغنى عن البيان أن الجزيرة العربية لم تشهد قبل ظهور الإسلام فكرا قانونيا على قدر من التطور ؛ إذ لم تكن هناك دولة تحمى حقوق الأفراد ، فلم يكن أمامهم لذلك سوى الاعتماد على أنفسهم لنيل حقوقهم ، فأصبحت القوة هى الحق ، وشاع الظلم والتعدى ، فمن لا يظلم الناس يظلم طبقا لما شاع عندهم . وشجعت القبيلة التى كانت نواة المجتمع أفرادها على المبالغة فى الثأر والانتقام ممن اعتدوا عليهم ، دون ضابط إلا إرضاء نفس المجنى عليه . ومن غير المتوقع فى ظل هذه الظروف أن يبدأ التفكير فى حدود المسئولية وأنواعها . وفى هذه الظروف نزل القرآن الكريم على محمد ﷺ ، وقامت دولة الإسلام التى وجهت الداخلين فى الدين الجديد إلى الالتزام بأوامر الله سبحانه وتعالى واجتناب نواهيه ، وذلك بقوله تعالى : ﴿ أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ ، فانتهى بذلك النظام القبلى وحلت محله سلطة عامة تفرض أحكام الشريعة على الجميع وتحمى حقوقهم لا فرق بين غنى وفقير ولا بين قوى وضعيف .

٦ – وتدور الأحكام الشرعية فى جملتها على حماية المصالح العامة للخلق فى دينهم ودمائهم وأعراضهم وعقولهم وأموالهم ، وأوجبت على الجميع احترام هذه الحقوق والعمل على حفظها . وفى ذلك بين القرآن أن من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا وأن من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ، وأوجب العدل فى المعاملة والإحسان إلى ذوى القربى والجيران وعموم المسلمين كذلك نهى عن أكل أموال الناس بالباطل ، وأوجب القصاص من الظالم والحمل على المعتدى رفعا للضرر الناشىء عن فعله بقوله تعالى :

---

(1) An Introdyction to the English Legal History J.H. Baker P. 422 .

(2) Parliamentary Government in England, H. lasky P. 366 .

﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ وبقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ . كما أرسى مبدأ مسئولية الإنسان عن فعله هو لا عن فعل غيره ، فكل نفس بما كسبت رهينة ، ولكل إنسان ما كسب وعليه ما اكتسب ، ولا تزر وازرة وزر أخرى إلى غير ذلك من المبادىء التى لم تعرفها القوانين الغربية إلا فى العصر الحديث .

وجاءت السنة بما يؤكد هذه المعانى فأوضحت أن المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ، وأرست القاعدة العامة التى توجب رفع الضرر مطلقا ، وذلك فى قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ، كما أجملت خطبة الوداع الأسس العامة لأية حياة اجتماعية راقية ، وأوجب ﷺ الضمان فى التعدى على الأموال والممتلكات ، بقوله على اليد ما أخذت حتى ترده .

٧ - وعلى ضوء هذه المبادىء القويمة صاغ الفقهاء المسلمون قواعد المسئولية وفرقوا بين أنواعها ، فميزوا بين خطاب التكليف الجنائى الذى يرتب العقوبة على مخالفة أوامر الشارع وأحكامه وبين التكليف بالضمان . وفى ذلك يورد القرافى فى الفروق وعز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام الفروق الفاصلة بين الزواجر أو العقوبات وبين الجوابر أو الضمانات على نحو يدعو إلى التساؤل عن حقيقة مصدر التشريعات الغربية فى تفريقها بين كل من المسئولية الجنائية والمدنية ، وبين المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، حيث لا يمكن تفسير التطابق فى التفريق بين أنواع المسئولية إلا بافتراض تأثير التشريع الإسلامى فى هذه القوانين الغربية . ومع ذلك يعتقد الدكتور عبد الرازق السنهورى بأن الفقه الفرنسى القديم هو صاحب السبق فى إقامة التفريق بين أنواع المسئولية (عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئا) ، وإن كان يستشعر كثيرا من الغرابة فى ذلك ، بناء على أن القانون الرومانى (لم يصل فى أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح)[1] . وقد كانت النتيجة المنطقية للإحساس بالغرابة فى أخذ القانون الفرنسى التمييز بين أنواع المسئولية من قانون لم يكتشف هذا التمييز فى أبعد مدى من

---

(١) الوسيط : ٧٦٤/١ .

تطوره أن يولى الدكتور السنهورى وجهه إلى التشريع الذى عرف هذا التمييز ، وهو التشريع الإسلامى ، وأن يفكر فى أن هذا التشريع هو الذى يسر للقانون الفرنسى هذا التمييز ، خاصة وأن الصلة التاريخية بين الفقه الإسلامى والقانون الفرنسى مما لا سبيل إلى إنكارها .

٨ - وهذا هو الذى يؤيده المرحوم سيد عبد الله حسين فى رده على الدكتور السنهورى بقوله : (ليس الأخذ من مذهب مالك وليد سنة ١٨٠٥ .. بل منذ سنة ٢٠٠ من الهجرة ، يوم كان يحكم به فى أوربا ، وكان الأندلس منار العلم ، وكانت أوربا فى جهالة عمياء ، يبيعون الإقطاعية بما عليها .. فدخل الإسلام أوربا وحكم أهلها وأسس فيها قواعده العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا يغترفون من النور والعلم)[1] . ورأى هذا الباحث الذى يعرضه فى كتابه المقارنات التشريعية (أن القانون المدنى الفرنسى ، وهو أصل القوانين التشريعيةالوضعية ، مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس)[2] .

وبفضل هذا التأثير استطاع دوما Domatالذى يعد أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم ، من الوصول إلى صياغة قاعدة المسئولية التقصيرية العامة التى يرجع إليها ما عداها ، وذلك بقوله : (كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عثم التبصر أو الخفة أو الجهل بما ينبغى معرفته ، أو أى خطأ مماثل مهما كان هذا الخطأ بسيطا ، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سببا فى وقوعها)[3] . وبهذا أصبح الجزاء فى المسئولية التقصيرية هو جبر الضرر أو التعويض الذى يتميز عما توجبه المسئولية الجنائية وهو الزجر أو العقوبة ، كما أصبح سبب المسئولية التقصيرية هو الخطأ . ومع ذلك فإن قانون أكيليا الذى صدر نتيجة هذه الجهود لم يأخذ بعموم المسئولية التقصيرية عن جميع الأخطاء المنشئة للضرر ، وإنما أورد عددا من الأخطاء الموجبة

---

(١) المقارنات التشريعية للمرحوم سيد عبد الله حسين : ١٨/١ .
(٢) السابق : ٢٨/١ . (٣) الوسيط : ٧٦٤/١ .

للتعويض على سبيل الحصر ؛ ففى الفصلين الأول والثانى أحكام الأخطاء المتعلقة بإتلاف حيوان الغير أو عبده إتلافا كليا ، على حين يتعلق الفصل الثالث بإتلاف الأشياء المادية الأخرى أو بجرح حيوان الغير أو عبده[١] .

٩ - أما التقنين الفرنسى الجديد الصادر عام ١٨٠٤ فقد تميزت فيه المسئولية التقصيرية عن الجنائية تماما ، وقامت على أساس الخطأ مطلقا دون حصر ، وفى ذلك تنص المادة ١٣٨٢ من هذا القانون على أن (كل عمل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه) . كما نصت المادة ١٣٨٣ منه على أن (كل شخص يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه لا بفعله ، بل أيضا بإهماله أو بعدم تبصره)[٢] . ويعنى ذلك النص أن التعدى المباشر وغير المباشر يوجب ضمان الضرر الناشىء عن هذا التعدى ، سواء كان هذا التعدى مقصودا أو وقع بإهمال وعدم تبصر . وتنص المواد ١٣٨٤ -١٣٨٦ على المسئولية عن الأبناء والتلاميذ وصبيان الحرفة والحيوانات والأشياء وغيرها من تطبيقات لفكرة الخطأ فى نسق لا يبعد كثيرا عن النسق الذى سار عليه الفقهاء المسلمون الذين نصوا على أن صور الخطأ والتسبب الموجب للضمان كثيرة لا تدخل تحت الحصر[٣] . وإذا كان القانون الفرنسى الجديد لم يشترط الخطأ الثابت فى كل صور المسئولية التقصيرية وأقام هذه المسئولية أحيانا على مفهوم الخطأ المفترض فإن هذا لم يكن بالأمر الجديد على الفقه الإسلامى ، كما سنعزف عند مناقشة الآراء الفقهيه فى مسألة تضمين الصناع والأجراء المشتركين .

١٠ - القانون العرفى الإنجليزى : وقد تعرض القانون العرفى الانجليزى لهذه التأثيرات كذلك فيما يتعلق بموضوع المسئولية التقصيريةأو ضمان التعديات Torts إن أردنا ترجمة أقرب إلى اصطلاح هذا القانون ، فقد إختلطت فيه قواعد المسئولية

---

(١) الوسيط : ٧٦٣/١ .　　　(٢) الوسيط : ٧٦٥/١ .

(٣) انظر على سبيل المثال : الفروق للقرافى : ٢٠٧/٢ .

الجنائية بغيرها بحكم أن هذا القانون لم يخضع فى تطوره للبحث الفلسفى أو وضع النظريات وتعديلها بمرور الزمان بقدر ما تحكمت فيه الاعتبارات العملية ، والاستجابة المستمرة لحاجات المجتمع . ولذا فإن المصطلح الدال على المسئولية التقصيرية فى هذا القانون Torts لم يبرز بشكل واضح إلا فى القرن التاسع عشر . وقد نشر أول كتاب بهذا العنوان عام ١٨٥٩ فى أمريكا لمؤلف أمريكى اسمه Hillard وفى انجلترا نشر Addison أول كتاب بهذا العنوان عام ١٨٦٠ . غير أن هذه الكلمة لم تشع فى الاستعمال إلا بعد ذلك . وقد دق معناها على أحد القضاة البريطانيين عام ١٨٧٠ حين استخدمها مع كلمة عقد Contract-tort فى محل كلمة واجب بمعنى Contract duty[1] ، مما يدل على الغموض المتعلق بمفهوم هذا المصطلح حتى ذلك الوقت .

ومع ذلك فقد أخذ القانون العرفى منذ العصور الوسطى بنظام للجزاءات يقوم على مراعاة الضرر وإهمال النظر إلى الأخطاء أو الأفعال التى أحدثت هذا الضرر ، ولم يحل الخطأ محل الضرر كسبب للمسئولية التقصيرية إلا فى القرن التاسع عشر .

١١ – ارتبط نظام الجزاءات الذى أخذ به هذا القانون من الناحية الشكلية بأنماط الدعاوى والأوامر القضائية Writs المختومة بخاتم الملك فى المحاكم الملكية Royal Courts أو الصادرة من المحاكم الإقليمية . ولم يكن يحق للمدعى رفع دعوى بالتعويض إلا إذا أمكن إدراج دعواه ضمن نمط أو آخر من هذه الأنماط ، وإلا فلن يكون من حقه رفع دعواه إلى المحكمة . وقد وجدت ثلاثة أنماط من هذه الأوامر القضائية ، يتعلق أولها بدعاوى التعدى المباشر Trespass، ويتعلق الثانى بدعاوى التعدى غير المباشر Case ويتعلق الثالث منها بدعاوى التعدى على الأموال المنقولة . وكان على المدعى أن يعرف نوع الأمر القضائى الملائم لدعواه بدقة وإلا وجب عليه أن يبدأ الدعوى من جديد إذا اكتشفت المحكمة أن حقائق دعواه

(١) انظر: Glanville Williams and Hepple, Foundations of the Law of Torts, 2nd edition, Butterworths, P.1

لا تناسب الأمر القضائى الذى أعطته له . وقد ألغى هذا التصنيف لأنواع الدعاوى فى القرن التاسع عشر بموجب قانون الإجراءات Cosson law procedure الصادر عام ١٨٥٢ والذى حل محله قانون التقاضى Judicature Act الذى صدر بدوره عام ١٨٧٣ والذى وضع موضع التطبيق عام ١٨٧٥[1]. وأصبح للأوامر القضائية منذ ذلك التاريخ شكل موحد يصلح لجميع القضايا[2] . وفيما يلى وصف موجز لكل من أسباب الدعاوى السابقة .

١١ – دعوى التعدى المباشر (Trespass) :

لعل هذا النوع من التعدى هو أقدم الأسباب الموجبة للضمان فى القانون العرفى الإنجليزى ، حيث ظهر فى عهد الملك John فى القرن الثالث عشر الميلادى . وقد اجتمع فى هذه الدعوى الخطأ المدنى والجنائى معا . وتألفت الأحكام فيها لذلك من التعويض والغرامة الواجبة على المدعى عليه لخزانة التاج[3] .

وتفيد كلمة Trespass فى مفهومها العام الدخول إلى أرض الغير بغيرحق ، ولكنها تدل فى الاصطلاح القانونى علي كل من الدخول إلى أرض الغير أو أخذ أمواله المنقولة وغصبها أو التعدى على هذا الغير . ويشمل التعدى المباشر إذا كان محله هو الإنسان كلا من الإكراه البدنى Assault والإيذاء Battery والحبس غير المشروع False imprisonment . أما إذا كانت المنقولات هى موضوع هذا التعدى فقد يطلق عليه Trespass de bonis aspor tatis إذا اشتمل على نقل المال من حيازة صاحبه . أما التعدى على الأرض فقد كان يطلق عليه Treapass quare clausum fregit نظرا لأنها كانت تطلق فى البداية على اجتياز الأراضى المسورة ، ثم أصبحت تطلق على دخول الأراضى المسورة والمفتوحة على السواء . ويدخل استخدام القوة

---

(١) السابق ص ٣٢ . (٢) السابق ص ٣٨ . (٣) السابق ص ٤٣ .

فى مفهوم هذا النوع من التعدى . ولعل ذلك كان من قبيل الحقيقة فى البداية ثم أصبح أمرا يفترضه القانون .

١٣ - ولا ينشأ هذا النوع من التعدى إلا إذا توافرت شروط ثلاثة . **أولها** : وجود فعل ، وبذا يخرج الترك . **ثانيها** : أن يكون المدعى مختارا فى هذا الفعل ، فلو جرى به حصان فسقط على آخر لم ينشأ التعدى المباشر . **ثالثها** : أن يكون الضرر مباشرا لا بمعنى عدم التراخى عن الفعل بل بمعنى عدم توسط عامل آخر بين فعل المدعى عليه والضرر الذى أصاب المدعى[1] . وهذا التعدى بضبطه على هذا النحو يكاد يرادف مفهوم التعدى بالمباشرة فى الفقه الإسلامى كما يلاحظ أحد أساتذة القانون المدنى من الإخوة السوانيين[2] .

وإنما كان يشترط اللجوء إلى العنف لقيام هذا النوع من التعدى لاعتبارات خاصة بتنظيم المحاكم وترتيب اختصاصاتها . ذلك أن دعاوى الجزاءات والتعويضات كانت تنظر فى المحاكم الإقليمية County courts أو فى المحاكم الملكية Royal Courts التى عمت البلاد فى أواخر العصور الوسطى وحلت محل المحاكم الإقليمية بعد أخذها فى الضعف فى هذه الأثناء . ولم تكن المحاكم الملكية تقبل النظر فى التعديات اليسيرة الأهمية ، وإنما تخصصت فى النظر فى القضايا التى تهدد السلام الاجتماعى وتعكر صفو الهدوء العام أو التى تهدد المصالح الملكية Royal interest . وبذلك كان مفهوم التعدى المباشر Trespass عاما ومطلقا . وكان السؤال الذى توجهه المحاكم الملكية فى بداية نظر القضية سؤالا إجرائيا يتعلق بدخول موضوع الدعوى فى اختصاصها المحدد لها أو عدم دخوله ولذلك كانت تفترض لجوء المدعى عليه للعنف والقوة المادية لتدخل القضية المنظورة فى اختصاصاتها أو فى مجال ولايتها ، باعتبار أنها بذلك تعد من القضايا التى تهدد السلام الاجتماعى العام .

---

(١) السابق ص ٤٤ .
(٢) أصول المسئولية التقصيرية فى قانون المعاملات المدنية الإسلامى السودانى ، الكتاب الأول، للدكتور محمد شتا ابو سعد (ط ١٩٨٤) ص ٥٣ وما بعدها .

١٤ -| التعدى غير المباشر Case :

أما التعديات الأخرى غير المباشرة Cases التى لا يفترض فيها العنف أو القوة البدنية فقد كانت تدخل فى مجال ولاية هذه المحاكم إذا وجدت أسساً قوية لتدخلها ، كما إذا تعلقت القضية المعروضة بسلامة جسور الأنهار والترع وصلاحها للاستعمال . وكذلك كانت هذه المحاكم تقبل النظر فى القضايا المتعلقة بامتيازات إقامة الأسواق Franchise of markets الممنوحة لبعض الأشخاص وجميع أنواع التعديات على هذه الامتيازات ، كمنع العملاء من دخول الأسواق أو البيع خارجها . وقد تضمنت لغة الأوامر القضائية Writs التفريق بين التعديات المباشرة Trespasses وبين التعديات غير المباشرة Trespass on the case أو التعديات الخاصة Special trespasses .

وقد شملت هذه التعديات الخاصة أو غير المباشرة فيما بعد أنواعا عديدة من التعديات كالتشهير والغش والإهمال والإزعاج وتسرب الأشياء الخطيرة والدعاوى الكيدية . وهى بهذا تشمل جميع أنواع الأفعال غير المشروعة باستثناء التعدى المباشر المعتمد على العنف Trespassvi et armis والغصب Conversion أو Detinue وبذلك فإن ما أطلق عليه التعدياي الخاصة Cases أو Special trespasses يمثل الأصل لأهم أنواع الأعمال غير المشروعة الموجبة للمسئولية فى القانون الإنجليزى الحديث . وعلى سبيل المقارنة فإن هذه التعديات الخاصة Cases تقترب من مفهوم التعدى بالتسبب فى الفقه الإسلامى ، فإنه يشمل أنواعا من التعديات الخاصة التى لا تدخل تحت الحصر بتعبير القرافى[1] ، والتى تتميز عن التعدى المباشر وعن الغصب فى هذا الفقه كذلك .

١٤ - وللتفريق بين التعديات المباشرة وغيرها فى القانون العرفى الانجليزى فإن الحبس غير المشروع False imprisonment الذى يقيد فيه المدعى عليه حرية المدعى ويحول بينه وبين حرية الحركة يعد من قبيل التعديات المباشرة . أما الدعوى الكيدية Malicious prosecution التى لا مبرر لها فإنا تعوق حرية المدعى

---

(١) الفروق للقرافى : ٢٠٦/٢ وما بعدها ، ٢٧/٤ وما بعدها .

أثناء محاكمته وفى انتظاره لها ، ولكنها من قبيل التعدى غير المباشر ، لأن المدعى عليه قد أوقع هذا الضرر بتسليط القضاء وبواسطة ، كما أن تقييد حرية المتضرر لا تعد نتيجة مباشرة للفعل غير المشروع وهو الدعوى الكيدية . أما إذا كان الضرر نتيجة مباشرة للتعدى ، كما لو أقنع رجل شرطيا باعتقال آخر وحبسه بغير حق ، فإن هذا الرجل يعتبر متعديا بالمباشرة لا بالتسبب ، وكذلك لو أمره بالوقوف مكانه وهدده على نحو ضمنى فإن ذلك يعد من قبيل التعدى المباشر أيضا .

والمثال التوضيحى الذى درج على ذكره عدد من المؤلفات المشهورة فى ضمان التعديات Torts للتفريق بين التعديات المباشرة وغيرها هو أننى لو ألقيت جسما صلباً من النافذة فأصاب أحد المارة فى الطريق العام كان ذلك من قبيل التعدى المباشر أما إذا ألقيت هذا الجسم نفسه فى الطريق العام فشغله واصطدم به إنسان أثناء سيره ليلا فإن هذا الفعل من قبيل التعدى غير المباشر Case . وكذلك لو لعب أحد بالكرة فدخلت دار الغير ، أو كوّم ترابا على الحدود الفاصلة بين ملكه وملك غيره فانهال ذلك التراب فى ملك الغير كان متعديا بالمباشرة . أما لو بنى أحد دارا بسقف مائل تنزل عنه مياه المطر والثلوج إلى أرض الجار أو داره فإن ذلك يعد من قبيل التعدى غير المباشر . ومع ذلك فإن الحدود الفاصلة بين هذين النوعين من التعديات غير واضحة ، مما أدى إلى صدور هذا الحكم العام (١٨٣٣) القاضى بأن التعدى المباشر يختلط أحيانا بالإهمال . ويحدد صمويل وارين Samurl Warren فى كتابه الذى صدرت طبعته الثانية عام ١٨٤٥ بعنوان Introduction to law أنواع الدعاوى المتعلقة بالمسئولية التقصيرية بقوله : (إذا كان التعدى على سبيل العمد منشئا للضرر على نحو مباشر فلا يصح رفع دعوى أخرى غير دعوى التعدى المباشر ، وإذا كان الضرر غير مباشر أو وقع من التابع فالسبيل هى رفع دعوى التعدى غير المباشر ، وأما إذا لم يكن الفعل مقصودا فإن من حق المدعى رفع دعوى بالتعدى المباشر أو رفع دعوى بالتعدى غير المباشر)[1] .

---

(١) Foundations of the law of torts P. 49 .

١٥ - وقد اتجه القانون الإنجليزى حتى أواخر العصور الوسطى إلى ربط المسئولية بالضرر فى التعدى المباشر . وكان الاعتقاد لدى القضاة فيما تكشف عنه أحكامهم أن التعدى المباشر ينشىء المسئولية المطلقة Strict liability ، ولذا لم يكن من همهم الكشف عن عنصر الخطأ فى التعدى . وفى هذا الصدد لم يكن الحادث الذى لا يمكن التحرز عنه Inevitable accident سببا كافيا لدفع الضمان وفى قضية Ryland v. Flitcher التى يرجع الحكم فيها إلى عام ١٨٦٦ والتى تعد من أهم القضايا الرائدة فى تطور المسئولية التقصيرية فى القانون العرفى الإنجليزى لم يلتفت القضاة فى حكمهم إلى خطأ المدعى عليه بقدر ما التفتوا إلى مسئوليته عن الضرر الذى لحق بالمدعى . وهو ما أكده أحد القضاة فى حيثيات حكمه فى هذه القضية حينما أشار إلى أن التعدى المباشر يوجب المسئولية المطلقة Absolute liability[١] . وقد استقر الأمر فيما بعد على الإعفاء من المسئولية إذا لم يقع الخطأ من جانب المدعى عليه أو كان الضرر الذى نشأ من فعله أمرا لا يمكنه التحرز عنه ، ففى قضية Stanly v. Powell (١٨٩١) أطلق المدعى عليه عيارا ناريا ، فجاء الطلق فى جذع شجرة وارتد منه إلى جسم المدعى فأصابه . وقد جاء الحكم فى هذه القضية ببراءة المدعى عليه من المسئولية حيث لم يكن فى وسعه التحرز من إصابة المدعى ، وهو ليس مخطئا لذلك[٢] . وبذلك انتقل القانون من اعتبار الإنسان مسئولا عن جميع تصرفاته الضارة بالغير إلى اعتباره مسئولا عن هذه التصرفات الضارة إذا كانت هذه التصرفات خاطئة . وقد استقرت إقامة المسئولية على الخطأ فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر فى أمريكا بفضل الحكم الذى أصدره Shaw فى قضية Brown v. kendall ، حيث رأى أن (على المدعى أن يثبت سوء قصد المدعى عليه أو خطأه فى فعله المنشىء للضرر ، لأنه لن يكون مسئولا عن الأضرار التى لا يمكن توقيها)[٣] وأصبحت قاعدة (نفى المسئولية بانتفاء الخطأ) قاعدة أساسية فى قانون المسئولية التقصيرية فى انجلترا وأمريكا

---

(١) Foundation of the law of torts, P. 51 and street on torts P. 259 .

(٢) Foundations of the law of torts P. 52 and street on torts P. 16 .

(٣) القانون فى أمريكا لبرنارد شفارتز، ترجمة ياقوت العشماوى ، نشر دار المعارف ص ٩٠ .

منذ ذلك الحين ، وأصبح من المسلم به فى الأحكام القضائية الصادرة بعد ذلك (أن الضرر الناجم عن حادث ولا يمكن توقيه أو الناجم عن فعل لا يمكن التحرز منه باتباع الحرص والتبصر العاديين لا يصلح أساسا للمسئولية)[1] . وعلى سبيل المقارنة فإن قاعدة (ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه) من القواعد الثابتة فى الفقه الإسلامى منذ بداية تطوره .

١٦ – الإهمال : ومن جهة أخرى فإن القانون العرفى لم يعتبر الإهمال أو التقصير سببا لايجاب الضمان إلا فى نهايات العصور الوسطى ، ففى عصر الملكة إليزابيث Elizabeth (١٥٥٨ – ١٦٠٣) كان القاضى يرد الدعاوى القائمة على الإهمال وحده باعتبار أنه لا يصلح سببا لإيجاب المسئولية اللهم إلا إذا اقترن الإهمال بعقد أو اتفاق يوجب المسئولية بحكم القانون ، كالمودع إذا تعهد بحفظ الوديعة وردها إلى صاحبها بحالها الذى أخذها به وأهمل فى حفظها فإنه يضمن باعتبار ما أوجبه القانون عليه لا بالنظر إلى إهماله . وتعد مسئوليته فى ذلك من قبيل المسئولية المطلقة Strict liability . ومن ذلك مسئولية أصحاب الفنادق عن أمتعة نزلائهم ، ومسئولية الحمالين والأطباء والأجراء وغيرهم . وهكذا لم يفرض القانون العرفى على الناس التبصر والتحوط فى سلوكهم إلا على هؤلاء الذين التزموا به ضمن عقد أو اتفاق[2] . غير أن هذا القانون قد لجأ إلى التوسع فى مفهوم مباشرة التعدى المقترن باللجوء إلى القوة ، بحيث يفترض استعمال القوة Alleged force فى حوادث الخطأ . فمن يرمى سهما – على سبيل المثال – ويصيب شخصا تصادف مروره يطالب بالتعويض على أساس حدوث الضرر للغير لا على أساس الخطأ والإهمال . وقد بدأت المحاكم فى الاعتراف بالاهمال فى الربع الأخير من القرن السابع عشر واعتبرته سببا مستقلا لإيجاب المسئولية ، ففى قضية Mitchel v. Abstree التى صدر الحكم فيها عام ١٦٧٦ أطلق المدعى عليه وخادمه عددا من الخيول فى مكان مزدحم بالناس فأصيب المدعى

---

(١) السابق .

(٢) Richard Posner, Tort law.. Cases and economic analysis, P. 199 .

بجراح نتيجة لذلك . وقد قضت المحكمة بالتعويض رغم عدم وجود تعهد سابق يمنع من هذا الإهمال[1] .ويبدو أن القضاة كانوا على وعى بأن الخطأ الموجب للمسئولية هو إطلاق الجياد فى مكان عام . غير أن هذا المفهوم لم يتبلور بصفة نهائية إلا فى القرن التاسع عشر بعد اتساع حركة النقل وزيادة الحوادث وانتشار النهضة الصناعية . وقد أنشأت زيادة عدد الحوادث الكثير من الصعوبات الفنية المتعلقة بافتراض اللجوء إلى القوة المادية أو العنف عند النظر فى إصابات الخطأ غير المباشرة . وجاء الحل عام ١٨٣٣ فى اقتراح Tindal القاضى بإعطاء المدعى الحق فى عدم الإشارة إلى القوة العضلية فى التعدى عليه . ومهد ذلك الطريق لظهور مفهوم الإهمال والتقصير بوضوح[2] .

١٧ - ومن المنطقى ألا يظهر مفهوم الإهمال المشترك Contri butory negligenc إلا بعد استقرار مفهوم الإهمال . وفى البداية كان هذا المفهوم سببا كافيا لدفع الضمان أو المسئولية . ثم تطور الأمر إلى اعتبارة فى هذا القرن سببا لتخفيف المسئولية وتوزيع الضرر على المدعى والمدعى عليه بالنظر إلى مدى إسهام كل منهما بفعله فى إحداث الضرر[3] . وعلى سبيل المقارنة فقد عرف الفقه الإسلامى منذ عصر الصحابة مفهوم الإهمال المشترك وتوزيع الضرر على الأطراف التى أحدثته ، وذلك هو ما يسجله الماوردى وغيره فى قضية القارصة والقامصة والواقصة . وفى هذه القضية اجتمعت ثلاث بنات للعب معا ، فركبت واحدة منهن ظهر الأخرى فقرصت الثالثة الفتاة المركوبة فقمصت ووقعت الراكبة نتيجة لذلك فدق عنقها وماتت ، وقضى على بن أبى طالب رضى الله عنه بتثليث الدية على عواقل البنات الثلاث .

١٨ - السببية وتوقع الضرر : وقد أضفت هذه التطورات نوعا من الوضوح على مفهوم السببية ، ففى سنة ١٧٧٣ قضت محكمة انجليزية بأن (كل من ارتكب فعلا غير مشروع يعد فاعلا لكل ما ينجم عنه من

---

(١) السابق : ٢٠٠ .
(٢) السابق : ٢٠٢ .
(٣) Foundatisns of the law of tort, P. 142 .

نتائج) . وتتفق هذه القاعدة مع مفهوم القاعدة الفقهية : (إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المتسبب أولا . لأنه لما جعل مسببا عنه فى مجارى العادات عدّ كأنه فاعل له مباشرة)[1] . وقد صاغ جرينليف Greenleaf هذه القاعدة نفسها للقانون الأمريكى عام ١٨٤٦ ، فنص على أن الأضرار يجب أن تكون النتيجة الطبيعية والمباشرة للفعل الخاطىء)[2] . حتى تسند المسئولية لصاحب هذا الفعل . وقد انتفت مسئولية الفاعل عن الأضرار غير المباشرة فى القرن التاسع عشر فى سباق غلبة مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire[3] والنزوع إلى الفردية وتشجيع أصحاب المشروعات على المخاطرة بإعفائهم من المسئولية عن الأضرار غير المباشرة لأعمالهم .

١٩ — وفى هذا الإطار الفكرى ابتدع اشتراط توقع الضرر Forseea bility of the harm لقيام المسئولية . ويعنى هذا الشرط أن المسئولية عن الضرر لا تنشأ إلا إذا كان توقع فاعل الفعل لهذا الضرر أمرا ممكن . والمعيار فى ذلك هو سلوك الرجل الوسط أو المعتاد .

ومع وضوح القاعدة الأخلاقية القاضية بأن الخطأ لا يبرر الخطأ فقد اتجه القانون العرفى فى القرن التاسع عشر إلى اعتبار خطأ المضرور نافيا للمسئولية فى الإهمال . ويكفى هذا المبدأ للتعبير عن السياسة التى أخذ بها هذا القانون فى اتجاهه إلى تشجيع أصحاب المشروعات ولو على حساب غيرهم من العمال والمستهلكين الذين يجب عليهم أن يتحملوا نتائج تصرفاتهم واختياراتهم فى العمل والاستهلاك . وهذا وحده فى رأى Rosco pound يلخص روح القانون العرفى واتجاهه فى أمريكا وانجلترا فى القرن التاسع عشر[4] .

---

(١) القانون فى امريكا، ترجمة ياقوت العشماوى ص ٩٠ . (٢) .الموافقات للشاطبى : ٢١١/١ .

(٣) القانون فى امريكا ص ٩٠ .

(٤) الدلالة اللغوية لهذا المصطلح الفرنسى هى حرية الفعل أو التصرف عموما، وترجمته الحرفية « دعه يعمل » .

٢٠ – عبء الإثبات والخطأ المفترض : وفيما يتعلق بعبء الإثبات Burden of proof فقد ظل التردد فى إلقائه على عاتق المدعى لإثبات الخطأ أو على المدعى عليه لنفيه إلى أن استقر القضاء الانجليزى على تكليف المدعى بهذا العبء فى حكم حديث يرجع إلى عام ١٩٥٩ ، وذلك فى قضية[١] Fowler. v. Lanning وقد أوجب القاضى Diplock J. فى حكمه تكليف المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه وتسببه فى حدوث مالحقه من ضرر[٢] . غير أن هذا التكليف للمدعى هو القاعدة فى حوادث الطرق السريعة High ways منذ عام ١٨٧٥ ، ولذا يعبر Diplock عن دهشته من تخلف العمل بهذه القاعدة وتكليف المدعى عليه بنفى خطئه فى عدد من القضايا[٣] .

٢١ – وقد لقى مبدأ إقامة المسئولية التقصيرية فى القانون العرفى على الخطأ استجابة بالغة ، لا لمساندته الاعتبارات الاقتصادية التى أشير إليها فحسب ، بل ولاعتباره كذلك (تتويجا لانتصار العقل والأخلاق اللذين كان القانون العرفى يتلمس طريقه إليهما عبر القرون)[٤] ، بحكم أن الظالم أو المخطىء هو الأولى بالحمل عليه وتكليفه برفع الضرر . وشاع فى نهاية القرن التاسع عشر الاستناد إلى قاعدة (لا مسئولية بغير خطأ) فى نصوص الدفاع وحيثيات الأحكام . وعبر بعض الذين استشهدوا بهذه القاعدة فى معرض دفاعه عن رأيه فى أن انتفاء المسئولية بانتفاء الخطأ (حق كامن فى الحكومة الحرة)[٥] ، مما يدل على الإحساس بجدة اكتشاف هذه القاعدة والغبطة بهذا الاكتشاف كذلك . ومن المدهش حقا أن تكون هذه القاعدة من المرونة بحيث تستطيع مسايرة كثير من موروثات القانون العرفى فى تقسيم أنواع الأفعال غير المشروعة وغيرها وأن تتلاءم فى الوقت نفسه مع النزعات الاجتماعية والاقتصادية المتباينة فى الاتجاه إلى

---

(١) Street on torts P. 17, 67 .

(٢) Foundations of the law of torts P. 54 .

(٣) السابق .

(٤) القانون فى امريكا ص ٢٧٨ .

(٥) السابق ص ١٧٩ .

الفردية المطلقة أو المقيدة . وقد تحققت هذه المرونة فى التلاؤم مع هذه الاتجاهات المتباينة بإضافة بعض القيود كاشتراط توقع الضرر وتكليف المدعى بالإثبات أو بالتخفف من هذه القيود عن طريق افتراض الخطأ وتكليف المدعى عليه بنفى خطئه . وبذلك أصبحت قاعدة ارتباط المسئولية بالخطأ إحدى قواعد القانون الطبيعى فى التصور العام .

٢٢ – وقد استند القانون العرفى – وغيره من القوانين الغربية – إلى نظرية الخطأ المفترض فى عدد من التطورات التى لحقت بهذا القانون فى القرن الحالى ، وذلك فى مجالات تعويض العمال عن الإصابات التى تلحق بهم فى محيط العمل ، على أساس أن تكليف العامل بإثبات خطأ رب العمل من شأنه أن يؤدى إلى إهدار حقوق هذا العامل . ولم يكن هذا الانتقال باليسير ، فقد رفض أربعة من القضاة الانجليز عام ١٩١٩م الموافقة على قانون يقضى بإلغاء شرط إثبات الخطأ لتعويض العمال عن إصاباتهم التى يسببها لهم عملهم[١] . وقد كان الإحساس السائد لدى الكثيرين أن تكليف صاحب المشروع بتعويض العمال عن جميع الإصابات التى تلحق بهم دون وقوع خطأ منه أمر غير مقبول من الناحيتين الخلقية والعقلية . غير أن هذه القوانين ما لبثت أن أقرت فى جميع بلاد العالم بتأثير النزعات الاشتراكية . وقد طبق هذا الاتجاه كذلك فى أخذ بائعى السلع بالمسئولية عمّا يروجونه من بضائع تتسبب فى إضرار المستهلكين . كما طبق كذلك فى عدد من الموضوعات الأخرى كمسئولية شركات الطيران عن المسافرين وامتعتهم ، ومسئولية الدولة عن أخطاء التقاضى . ولا يجب على المدعى فى هذه الاحوال إثبات خطأ المدعى عليه لقيام حقه فى التعويض ، وإنما يستند حقه هذا إلى افتراض خطأ المدعى عليه .

وقد عرف الفقه الإسلامى نظرية الخطأ المفترض منذ بداية تطوره استجابة للاحتياجات الاجتماعية للدولة الناشئة ، وذلك فى المسألة المعروفة بتضمين الصناع . فقد أفتى عدد من الصحابة من بينهم عمر وعلى رضى الله عنهما

---

(١) السابق ص ١٧٩ .

بتضمينهم ما ادعوا هلاكه مطلقا لمكان التهمة من غير تكليف المدعى بإثبات خطئهم أو إهمالهم فى حفظ الأموال المدفوعة إليهم . وهو مذهب مالك وابن ابى ليلى وأبى يوسف . وذلك لان إلقاء عبء الإثبات على المدعى من شأنه أن يؤدى إلى ضياع حقه ، فهؤلاء الصناع يأخذون المال إلى أماكنهم ويغيبونه عندهم فلا سبيل لمعرفة طريقة حفظهم له[١] . وقد طرد مالك ذلك فى تضمين الحمالين ما يحملونه من الأمتعة مما يغاب ويخفى أو يكثر الطمع فيه كالأطعمة لمكان التهمة كذلك[٢] . والقول بتضمين هؤلاء الأجراء بإطلاق معناه أن افتراض خطئهم وإهمالهم لا يقبل النفى . أما على قول من رأى أن الأجير المشترك يضمن المال الذى أخذه ما لم يثبت أن الهلاك كان بسبب لا يمكنه التحرز عنه فإن افتراض الخطأ على هذا القول افتراض يقبل النفى[٣] .

٢٤ – ومع ذلك فقد أدى التوسع فى المسئولية التقصيرية على أساس افتراض الخطأ غير القابل للنفى مرة والقابل للنفى فى أحيان أخرى إلى إضعاف بناء المسئولية التقصيرية على مفهوم الخطأ فى أذهان الكثيرين ، وقد اغتر هؤلاء بالتطور السريع الذى تحقق لنظرية المسئولية التقصيرية فى التفكير القانونى الغربى فى أقل من قرن فرأوا أن من الواجب هجر هذه النظرية وإحلال غيرها محلها . وقد تحدد اتجاههم فى الدعوة إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة Risk ابتغاء نقل الضرر من المصاب إلى الجهة الأقدر على تحمله ، أو توزيعه على المجتمع بأسره بتطوير نظام التأمين وترتيب الدولة له . وقد استجابت دول محدودة لهذه الدعوة . على رأسها نيوزيلندا . كما استجابت بعض الولايات الأمريكية لهذا الاتجاه ووضعته موضع التطبيق . ورفضت الأخذ به معظم دول العالم ، لقوة قاعدة الخطأ ومرونتها فى الاستجابة لكثير من أوجه المصالح الاجتماعية ، وإمكان الأخذ معها ببعض الوسائل أو الأنظمة المعاونة على تحقيق الطموحات الجديدة ، دونما ضرورة لهجر قاعدة الخطأ . وهذا ما أخذت به انجلترا وفرنسا فى احتفاظهما بقواعد المسئولية التقصيرية العريقة ،

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد : ١٧٥/٢ ط لاهور وتبصرة الحكام لابن فرحون : ٣٣٠/٢ .
(٢) الفروق للقرافى : ١١/٤ .
(٣) انظر التقسيم فى الوسيط للسنهورى : ٧٦٦/١ .

وفى توسيع نظامى الضمان الاجتماعى والتأمين ؛ استجابة للإحساس المتزايد بالمسئولية الاجتماعية عن بعض طوائف الأمة . وهو ما تسير عليه القوانين المطبقة فى البلاد الإسلامية بدرجات متفاوتة . وبذا فإن ظهور نظامى الضمان الاجتماعى Aocial Socurity والتأمين لم يؤثر على البناء التقليدى لنظرية المسئولية التقصيرية وإن أثر فى بعض أشكال قيام هذا البناء بوظائفه . ولم تفلح تلك الغارات المتتابعة فى زعزعة الثقة بأسسه المستقرة . وما تزال المؤلفات الحديثة فى هذا الموضوع تتجه إلى العناية بمفاهيم الخطأ وأنواعه والضرر وعلاقة السببية على نحو لا يبعد كثيرا عما كان مألوفا منذ بداية هذا القرن .

٢٥ – حق الخصوصية : ولا شك فى أن القانون العرفى قد تمكن بفضل هذه النظرة الأخلاقية للمسئولية القائمة على الخطأ من صياغة عدد من المفاهيم المناسبة للمستوى الحضارى الذى أرادته الحياة الغربية فى تطورها الحديث .

من ذلك على سبيل المثال الاتجاه إلى إقرار حق الخصوصية Right of privacy فى بداية القرن العشرين . وقد بدأ التفكير فى هذا الحق بالمقال الذى كتبه صمويل د. وارين Samuel D. Warren ولويس د. برانديز Louis D. Brandeis عام ١٨٩٠ بعنوان حق الخصوصية . وفى هذه الأثناء لم يكن القانون العرفى يتطلع إلى ما هو أكثر من حماية حقوق الملكية وحفظ الجسم البشرى . ولذا اعتقد قضاة المحكمة العليا فى نيويورك فى أول اختبار لهذا الحق عام ١٩٠٢ أن القانون العرفى لا يحميه . وقد رفض هؤلاء القضاة بناء على ذلك الحكم لصالح المدعية التى استعمل المدعى عليه صورتها دون رضاها فى الإعلان عن سلعة يتاجر فيها . ويعنى هذا الرفض أن القانون العرفى حتى ذلك الوقت لم يكن يجد غضاضة فى استعمال صورة لشخص فى الإعلان عن أية سلعة دون رضا هذا الشخص . غير أن مقالة صمويل وزميله قد أوجدت شعورا عاما بأن مثل هذا السلوك غير أخلاقى ويجب أن يحظره القانون . ولذا فقد سنت الهيئة التشريعية لنيويورك **فى دورة انعقادها التالية لحكم روبرتسون (Robertson decision) القاضى برفض الدعوى السابقة قانونا يقضى بحماية حق الخصوصية ، كما نقضت المحكمة العليا فى** جورجيا حكم روبرتسون وأوجبت حماية هذا الحق . وتتابع الاقتداء بهذا الحكم

فى عدد كبير من القضايا . وبحلول منتصف هذا القرن أصبح التعدى على حق الخصوصية فى أى جانب من - جوانبه سببا موجبا للتعويض[1] .

٢٦ - وفى ذلك يوجب القانون الانجليزى التعويض إذا كان التعدى بوضع آلات التصنت على الآخرين فى أماكن نومهم ، أو بالتحليق بالطائرة فوق مقارهم للاطلاع عليهم ، أو بنشر بيانات غير صحيحة عن الحياة الزوجية للمدعى . غير أن هناك عددا من الجوانب لم يبسط عليها القانون الانجليزى حمايته حتى الآن فيما يتعلق بهذا الحق . من ذلك وضع آلات التصنت فى غرفة النوم فى الفندق للتجسس على النزلاء ، وكذلك نشر الماضى المؤلم لأحد الاشخاص فى الصحف السيارة . ويشير Street إلى الصعوبات الاجتماعية الناشئة عن تخلف القانون الانجليزى عن نظيره الأمريكى فى الاعتراف المطلق بحق الخصوصية على الرغم من خطورة الآلات الحديثة فى الكشف عن أسرار الحياة الشخصية وتهديدها لهذه المصالح التى يجب ألا تقل فى الاعتبار عن حقوق الملكية . وينصح الهيئات التشريعية لهذا بوجوب صياغة قانون يعمل على حماية هذا الحق بجميع جوانبه[2] .

٢٧ - وهذا الذى يجتهد القانون العرفى الانجليزى فى تحقيقه قد أقرته الشريعة الإسلامية منذ أول الأمر ؛ فقد نهى القرآن الكريم عن التجسس بقوله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾[3] وأوجب الاستئذان بقوله ﴿ لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ﴾[4] وأوجب على الأطفال إذا بلغوا الحلم أن يستأذنوا بقوله : ﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ، كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم ﴾[5] ، كما أوجب احترام الحقوق الشخصية فى الخلوة بعد صلاة الفجر والعشاء وفى القيلولة بقوله :

---

(١) القانون فى امريكا ص ١٨١ ، ٣٨٢ .
(٢) Street on Torts, P. 410,445 .
(٣) الحجرات : ١٢ .
(٤) النور : ٢٧ .
(٥) النور : ٥٩ .

﴿ ياأيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر ، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ، ثلاث عورات لكم ، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم ﴾[1] . وليس وجوب الاستئذان مسألة شكلية ، إذ يترتب على عدمه وجوب الرجوع وحرمة الدخول ؛ إذ يقول سبحانه : ﴿ فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا ﴾[2] . ويترتب على عدم الإذن كذلك حق صاحب البيت فى الدفع عن نفسه بما يناسب الحال طبقا لما بينته السنة ، مما لا مجال الإفاضة فيه فى هذا المقام[3] .

٢٨ – التعسف فى استعمال الحقوق : حقق القانون الأمريكى نوعا من التقدم فى المسئوية التقضيرية بالتوسع فى تطبيقها إلى مجال إساة استعمال حقوق الملكية واعتبار التعسف فى استعمال الحق Abuse of right سببا لقيام المسئولية . وقد تم الاعتراف بهذا المفهوم فى منتصف القرن التاسع عشر تقريبا ، حينما غيرت المحاكم نظرتها إلى حق الملكية المطلق وأوجبت تقييد استعمال هذا الحق بعدم الإضرار بالآخرين . وقد حل بذلك مبدأ الاستعمال المعقول Reasonable use للملك محل إطلاق حرية المالك فى ملكه . واعتبر Rosco Pound هذا التحول تقويضا لأساس نظرية الإرادة وتراجعا عن هدف النظام القانونى فى تمكين الفرد من تحقيق ذاته بكامل حريته[4] . وتعكس ملاحظة Pound هذه إعلاء المجتمع الأمريكى فى أوائل هذا القرن لحق الملكية والربط بينها وبين الإرادة والحرية ، باعتبار أنها التحقيق لإرادة الشخص والمجال الخارجى لحريته[5] . وكان الاعتقاد أنه لا فرق بين وضع قيود على اكتساب الملكية أو سلطة التصرف من جهة

---

(١) النور : ٥٨ .
(٢) النور : ٢٨ .
(٣) راجع فى ذلك : التشريع الجنائى للمرحوم عبد القادر عودة : ٤٨٥/١ و ٥٠١ و ٥٠٥ .
(٤) القانون فى امريكا ص ٢٧٥ .
(٥) السابق : ١٨٣ .

أن هذه القيود تتعارض مع الحرية وتدمرها . ومن هذه الزاوية أصبح الموضوع الرئيسى فى القانون هو حماية حقوق الملكية الخاصة[1] . ولم تخف هذه النزعة حتى عام ١٩١٤ ؛ فقد أشار بحث صدر فى هذا التاريخ إلى تعريف القانون الرومانى للملكية بأنها حق استعمال الشيء المملوك واستهلاكه . واستنتج من هذا التعريف أن هذا الحق يتضمن مشروعية الاستعمال وإساءة الاستعمال على السواء . غير أن هذا البحث يدل على بداية الجدل حول جواز تدخل القانون عند استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير .لكن القضاء الأمريكى لم يعترف فى هذه الأثناء بحق المدعى فى التعويض إذا تصرف المدعى عليه فى ملكه بقصد الإضرار به . وقد حدث ذلك فى قضية شهيرة أقام فيها المدعى عليه سورا على حدوده رغبة منه فى منع الضوء وحجب الرؤية عن جاره ، دون قصد إلى تحقيق أية منفعة لنفسه . وقد استند القضاء الأمريكى فى هذه القضية إلى ما صوره القاضى Holmes بقوله : (للإنسان الحق فى أن يبنى سورا فى أرضه بالارتفاع الذى يريده ولو حجب الضوء والهواء عن الجار)[2] . وتتطابق عبارة القاضى هولمز مع عبارة ابن حزم الشهيرة الداعية إلى إطلاق حرية المالك فى ملكه بقوله : (لكل أحد أن يعلى بنيانه ما يشاء وإن منع جاره الريح والشمس ، لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له)[3] . لكن هذه النظرة قد تبدلت بعد أن تحول مفهوم الملكية من السلطة والسيادة إلى معنى المسئولية بتأثير تلك القيود التى اضطر القانون إلى فرضها رعاية للصالح العام فى مجالات المحافظة على البيئة من التلوث وتجميل هذه البيئة وتخطيط المدن وإنشاء الشوارع والمرافق العامة الأخرى . وقد اقتضت هذه السياسة نزع الملكية أحيانا ، كما فرضت السياسة البيئية الرامية إلى تنقية الهواء والرياح والسماء من التلوث مزيدا من القيود على استمتاع المالك بحقوق ملكيته . وبذلك أصبح الطريق معبدا للاعتراف بمفهوم التعسف فى استعمال الحقوق فى منتصف القرن العشرين أى بعد أكثر من ثلاثة عشر قرنا من إقرار هذا المفهوم فى الفقه الإسلامى .

(١) السابق : ١٨٤ . (٢) السابق : ١٨٥ .
(٣) المحلى لابن حزم ٢٤٢/٨ فقرة ١٣٥٧ .

٢٩ - وعلى سبيل المقارنة فإن الإمامين أبا حنيفة وابن حزم يذهبان إلى إطلاق حرية المالك فى التصرف فى ملكه . ويرى بهما أنه (لا ضرر أعظم من منع شخص من التصرف فى مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقا)[1] . أما جمهور الفقهاء المسلمين فقد رأوا أن التصرف الضار بالغير ضررٌ فا حشٌ ، أو ضررٌ لا يتناسب مع المصلحة المنشودة من التصرف من باب التعدى بالتسبب الموجب للضمان . ومن هذا الباب أيضا أن يتصرف بقصد الإضرار بالغير ، أو إذا لم يقصده ولكن كان حدوث الضرر بالغير نتيجة طبيعية أو غالبة لمثل هذا التصرف . ومنه أيضا أن يتصرف لنفع نفسه دون قصد إلى الإضرار ، وكان هناك طريق آخر لتحقيق النفع وتجنب الضرر[2] . ويكشف هذا الضبط يقينا عن ملكة فقهية متميزة . ويرجع هذا الضبط العملى إلى الأسس الشرعية العامة فى الاستخلاف والملكية ومفهوم الحق وإيجاب التعاون وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة حسبما يأتى تفصيله فى حينه من هذا البحث .

٣٠ - مبدأ واجب الرعاية : ومن جهة أخرى فإن هذه النزعة الخلقية ذاتها هى التى قادت القانون العرفى إلى صياغة فنية للقاعدة العامة القاضية بالمسئولية عن جميع أنواع الإهمال ، وذلك فى عام ١٩٣٢ . وقد كان القانون العرفى يقضى قبل هذا التاريخ بوجوب العناية فى أمور معينة مستقلة فى ذاتها ، بحيث لا تنتظمها قاعدة ولا يربط بينها قانون . من ذلك ما أوجبه على الناقل وحائز الحيوان والصانع والبائع والمقاول من تعهدات بالرعاية للمنقول والحيوان والمصنوع والمبيع ومحل العقد فى المقاولة بحيث يوجب التقصير أو الإهمال المسئولية . وبذلك فإن معنى الإهمال والتقصير هو السلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه القانون من واجب الرعاية والتبصر فى غير الأحوال التى حددها . ويقتضى تحديد الإهمال على هذا النحو انتفاء المسئولية فى غير الأحوال التى أوجب فيها القانون بذل العناية والحرص . ويختلف القانون العرفى فى ذلك عن القوانين اللاتينية التى سبقته فى صياغة القاعدة العامة القاضية بوجوب المسئولية للتعدى أو الإهمال مطلقا حسبما سلفت الإشارة إليه . أما القانون العرفى فلم يأخذ قبل عام ١٩٣٢ م

---

(١) السابق : ٢٤١/٨ فقرة ١٣٥٥ .   (٢) الموافقات للشاطبى : ٣٤٨/٢-٣٦٤ .

بقاعدة للإهمال الموجب للمسئولية ، وإنما حدد عددا من الحالات التى ينشىء فيها الإهمال المسئولية[1] .

٣١ – وقد شهد عام ١٩٣٢ هذا التحول بفضل هذا الحكم الذى أصدره اللورد أتكين Lord Atkin فى قضية Donoghue v. Stevenson . وفى هذه القضية اشترى المدعى زجاجة شراب اكتشف بعد تناولها أنه كان بداخلها دودة عند تعبئتها ، وهو ما ألحق الضرر بالمدعى . وقد أوجب Atkin التعويض بناء على ما كان يفرضه القانون العرفى آنذاك على الصانع من مسئولية تجاه المستهلك . غير أنه تجاوز ذلك فى حيثيات حكمه إلى البحث عن القاعدة العامة لوجوب الرعاية باعتبارها الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن الإهمال . وقد وجد هذا القاضى الذى يبدو أنه كان مشبعا بأخلاق الديانة المسيحية هذه القاعدة فى المبدأ الخلقى القاضى بحب الجار بعد إعادة صياغته بما يناسب الهدف من نقله إلى المجال القانونى . وهو يعبر عن ذلك تعبيرا ظلت تتناقله المؤلفات القانونية فى هذا الموضوع من بعده . وعبارته فى ذلك :

لايمكن اعتبار جميع الافعال والتروك غير المقبولة من الناحية الخلقية موجبة للتعويض عن الأضرار التى تتسبب فيها .. ويجب لذلك البحث عن معيار عام يضبط أحوال وجوب الرعاية من الناحية القانونية بحيث ترتد إليه وقائع الإهمال المتنوعة التى توجب المسئولية . وهذا المبدأ هو أن الواجب الخلقى القاضى بأن عليك أن تحب جارك ينتقل فى صيغته القانونية إلى أن عليك ألا تؤذيه .. وأن تبذل العناية المعقولة Reasonable care كيلا توقع الضرر به . أما مفهوم هذا الجار فإنه يشمل الأشخاص الذين يحتمل تأثرهم بفعلك أو تركك تأثرا قويا مباشرا ، ممن ينبغى أن تضعهم فى اعتبارك عند تحرك قصدك إلى الفعل أو الترك[2] .

٣٢ – وقد أشارت المحكمة العليا فى قضية المجلس البلدى بالخرطوم ضد ميشيل قطران (رقم ١٧٨ لعام ١٩٥٨) إلى هذا النص فى حكمها فى هذه القضية التى كان موضوعها أن البلدية حفرت حفرة كبيرة فى الطريق العام دون أن تتخذ

---

(١) Foundations of the Law of Tort P. 79 .

(٢) Foundation Sof law of Torts P. 98 and Tort Law by Dias P- 41 .

أى إجراء ينبه إلى مكان هذه الحفرة ، مما أدى إلى وقوع ميشيل قطران فيها وإصابته بعجز فى قدمه اليسرى لا يقل عن ٧٥ ٪ . وقد قضت المحكمة بالتعويض للمتضرر ، وجاء فى منطوق حكمها : من ألحق ضررا بالجار بالمفهوم المتقدم يكون قد أخل بواجبه نحوه ، ولكن لا يمكن فى حياتنا العملية وفى عالمنا المادى هذا أن يعتبر كل عمل أو امتناع عن عمل لا تقره قواعد الأخلاق عملا ضارا يمكن أن يكون سببا لدعوى التعويض من جانب من لحق به الأذى ضد من تسبب فى ذلك الضرر . ولذلك تنشأ قواعد القانون لتنظيم دائرة الأعمال الضارة .. وذلك يعنى أن المحبة فى القانون لا تعنى أن تحب جارك وفق المفهوم الأخلاقى أو الدينى .. بل تعنى ألا تصيب جارك[1] .

ولا يجد المرء عناء فى إدراك أن هذا المبدأ الذى استعاره اللورد Atkin من الأخلاق المسيحية لضبط وقائع الإهمال الجزئية التى لا تنتهى عند حد – بتعبير اللورد ماكميلان – إنما يجد مقابله الشرعى فى القاعدة الفقهية القاضية بوجوب رفع الضرر والمستمدة من قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، وإن تميزت القاعدة الفقهية عن المبدأ الذى صاغه أتكن Atkin بالوضوح ودقة الصياغة الفنية والمباشرة فى التطبيق والتعميم . وهو ما تتطلع إلى تحقيقه الصياغة القانونية الرفيعة . ومن المثير للألم لذلك ألا تجد المحكمة العليا السودانية فى عام ١٩٥٨ وقتا للرجوع إلى الكتب الفقهية الإسلامية وأن تستبدل الذى هو أدنى بالذى هو خير ، وإن كان هذا هو الحال فى البلاد الإسلامية جميعها ، ولله الأمر من قبل ومن بعد .

٣٣ – النتائج المستفادة : يستفاد من هذا التتبع التاريخى الموجز لنمو مبادىء المسئولية التقصيرية فى القوانين الغربية ما يلى :

(أ) – تمكنت هذه القوانين من صياغة أهم مبادىء المسئولية التقصيرية منذ نهاية القرن الثامن عشر . ولم تتوقف هذه القوانين عن التطور منذ هذا التاريخ استجابة للاعتبارات العملية التى شهدتها المجتمعات الغربية . وقد حقق القانون الفرنسى السبق على القانون العرفى فى صياغة هذه المبادىء مع أن درجة التطور

---

(١) أصول المسئولية التقصيرية فى قانون المعاملات المدنية الإسلامى السودانى للدكتور محمد شتا أبو سعد ص ١١٣ .

التى تهيأت للمجتمعات الغربية فى عمومها كانت واحدة مما يوحى بوجود عوامل أخرى استفاد بها المشرع الفرنسى . أما القانون العرفى فقد تميز إيقاع تطوره بالسرعة فى نهاية القرن التاسع عشر . وقد شهدت هذه الفترة التاريخية اكتمال صياغة هذا القانون لأهم مبادىء المسئولية التقصيرية . وقد اعتمد القانون الفرنسى على التشريع وإصدار التقنينات لتحقيق هذا التطور ، أما القانون العرفى فقد اعتمد على كل من التشريع وقرارات المحاكم لتحقيق الهدف نفسه .

(ب) – تتفق هذه المبادىء فى كثير من أوجه صياغاتها مع المبادىء الفقهية التى حواها الفقه الإسلامى منذ بدء وجوده . وإذا استبعدنا استمداد القوانين الغربية لهذه المبادىء من القانون الرومانى الذى لم يعرفها فى أعلى درجات تطوره فإن من المحتمل قيام علاقة من نوع ما بين الفقه الإسلامى وهذه القوانين . والذى اعتقده أن الفقه الإسلامى قد أثر فى تشكيل الملامح العامة لنظرية المسئولية التقصيريةTorts فى القانون العرفى . ويتطلب إثبات هذه الدعوى النظر فى أمرين : أولهما إدراك أوجه التشابه بين طرفى هذه العلاقة ، والثانى : إثبات الصلة التاريخية بين التشريعين وتحديد قنوات الاتصال بينهما . ويلفت النظر فى مجال التشابه بين هذين التشريعين الاتفاق فى الفصل بين نوعى المسئولية : المدنية والجنائية ، أو الجوابر والزواجر فى الاصطلاح الفقهى بالرجوع إلى عدد من الأسس المشتركة ، كما يلفت النظر أيضا الاتفاق فى تقسيم أنواع التعديات الموجبة للمسئولية المدنية أو الضمان بالتعدى (مباشرة وتسبب وغصب) . ويشتركان كذلك فى النظر إلى الإهمال وضابطه وما يوجبه وفى النظر إلى الإهمال المشترك ومفهوم علاقة السببية وتكليف المدعى بعبء الإثبات إلا فى مواطن التهم . وهناك أيضا الاتفاق – فى التطوير الأمريكى للقانون العرفى – على مفهوم التعسف فى استعمال الحق وعلى النظر إلى حق الخصوصية . أما العلاقة التاريخية بين الفقه الإسلامى والتشريعات الغربية فقد بدأت منذ القرن الثانى الهجرى بتطبيق الفقه الإسلامى نفسه فى أسبانيا وجنوب فرنسا وعدد من البلاد الأوربية ، واتخذت هذه العلاقة أشكالا متعددة فى الصراع الحربى والسياسى والفكرى أثناء الحروب الصليبية وفى العصور التالية لذلك . وقد ترجمت كثير من الأعمال الفقهية فى نهاية القرن الثامن عشر وفى القرن التاسع عشر طبقا لخطة تغيت ترجمة كتاب معتمد أو أكثر من كل مذهب من المذاهب

المشهورة . من ذلك ترجمة هاملتون للهداية وترجمة بعض أجزاء الفتاوى العالمكيرية ، والمنهاج للنووى ، وشرائع الإسلام للحلى . وقد قام القضاة الانجليز بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى محاكم شبه القارة الهندية أكثر من قرن من الزمان بعد احتلالهم لها ، وتضمن تشكيل المحكمة وجود مساعد مسلم يرجع إليه هؤلاء القضاة لمعرفةالحكم الفقهى المتعلق بموضوع النزاع ، طبقا لما حققه كولسون فى كتابه تاريخ التشريع الإسلامى[1] .

٣٤ – ويستبعد النظر إلى طبيعة هذه العلاقة بين التشريعين احتمال تفسير الاتفاق أو التشابه بينهما على أساس التوارد والالتقاء فى الخواطر والأفكار . وهذا التفسير هو الأقرب إلى الاحتمال فعلا إذا ضعفت الصلة التاريخية أو إذا كان لهذا التوارد ما يبرره من العوامل الذاتية الخاصة بالفكر المتأثر . ويكفي للدلالة على طبيعة هذه العلاقة التى قويت فى انجلترا ذاتها منذ الحروب الصليبية وأسهمت فى تطوير الفكر القانونى هناك ما ذكره **Holdsworth** من وجود قانون فرضه الملك هنرى الأول عام ١١٨٨ وأطلق عليه اسم قانون صلاح الدين للعشور Saladin Tiche . الذى يعد من أوائل التشريعات المتعلقة بفرض الضرائب على الممتلكات الشخصية عن طريق التحقق من هذه الممتلكات بالرجوع إلى جيران الشخص للسؤال عن حقيقة وضعه المالى . وتستخدم كلمة Tithe على وجه العموم فى معنى العشر الذى يدفعه الشخص من دخله الكلى فى أوجه الخير أو للدولة ، كما تستخدم فى معنى الضريبة كذلك . وتقابل كلمة Tither كلمة العاشر فى الاصطلاح الفقهى ، حسبما يدل عليه المفهوم المحدد لهذه الكلمة فى معجم Blackstone . وقد ولد صلاح الدين الأيوبى عام ٥٣٢ هـ/١١٣٨ م وتوفى عام ٥٨٩ هـ/١١٩٣ م ، مما يدل على أن اقتباس اسمه عنوانا على القانون المشار إليه قد تم فى حياته .

ولم تكن العوامل الذاتية الخاصة بالمجتمع الانجليزى بقادرة على تطوير

---

(١) تاريخ التشريع الإسلامى ترجمة المؤلف ومراجعة د. حسن الشافعى ص ٣١٠ .
(٢) A History of English Law, P. 179 v. II.

القانون العرفى والارتقاء به من جهة أن هذا المجتمعكان مجتمعا إقطاعيا . وقد تشكل النظام القانونى العرفى لذلك من مجموعتين من المبادىء المتناقضة ، أولاهما امتيازات السادة الإقطاعيين والأخرى حقوق الكافة أو الجمهور . وقد غلبت امتيازات الطبقة الحاكمة حتى بداية الثورة الصناعية ، وكان التطوير التدريجى لإصلاح مسيرة التفكير القانونى هو الطريق المتاح فى ظل هذه الاعتبارات . ويدل فرض الملك هنرى الأول لقانون ضرائبى بعنوان وملامح إسلامية على أن اقتباس بعض أحكام الفقه الإسلامى دون تعديل أمر كان يحظى بقبول عام ولا يجد معارضة من الطبقة الحاكمة أو الجمهور . ويعنى هذا الموقف العام فى الأقل قبول القانون العرفى للتأثر المباشر بأحكام الفقه الإسلامى فى مجالات أخرى . وفى رأى John Brigge أن الفقه الإسلامى هو مصدر القوانين الغربية فى تطويرها لأحكام المسئولية ، وأنه هو التشريع الذى أقام التفريق بين أنواع هذه المسئولية على نحو واضح ، الأمر الذى لم تستطع القوانين الغربية الأخذ به إلا بعد قرون عديدة[1] .

٣٥ – ولا تكفى هذه الإشارات السريعة لتقديم تصور واضح عن تأثير الفقه الإسلامى فى غيره من القوانين الغربية بشكل مباشر أو غير مباشر . ويجب أن يكون ذلك موضوعا لدراسة مستقلة تتعقب كلا من الجسور التاريخية العديدة التى تَحَقَّق للفقهُ الإسلامى عن طريقها هذا التأثير والمبادىء التى انتقلت من هذا الفقه إلى غيره ، تصحيحا لهذا الخطأ التاريخى وإدراكا لأبعاد الدور الذى لعبه الفقه الإسلامى فى ترقيه التفكير القانونى وتطويره . لقد ظلم الفقه الإسلامى من أعدائه الذين استفادوا به ومن أبنائه وهو حرى ببذل الجهود اللازمة لوضعه موضع التطبيق .

٣٦ – اتجاهات حديثة فى قوانين المسئولية التقصيرية : يتجه بعض

---

(١) The Guilty Mind: Psychotry and the Law of Homecide P. quoted from the Pakistan Penal Code, a commentary by Ahsan Suhail Anjam, Lahore 1982, P. 50.

المشتغلين بالدراسات القانونية فى البلاد الغربية إلى الاعتقاد بأن المسئولية التقصيرية فى جوهرها القائم على فكرة الخطأ أو التعدى نظام ينبغى العمل على إلغائه واستبدال غيره به لما ينطوى عليه هذا النظام من مثالب عديدة ، من بينها : ١ – طول أمد التقاضى وغموض أسس احتساب الخطأ وتقدير قيمة التعويض الذى يقل ويكثر فى الظروف المتماثلة دون مبرر مقنع . ولذا يشبه البعض التقاضى فى هذا المجال بلعبة القمار واليانصيب . ٢ – ارتفاع تكلفة التقاضى فى ظل هذا النظام . وتثبت بعض الإحصاءات أن ما يقرب من نصف مقادير التعويضات يستولى عليه المحامون وشركات التأمين وغيرهم من هؤلاء الذين يتاجرون فى عاهات المتضررين والإصابات التى تلحق بهم . ٣ – البعد عن العدالة . وفى ذلك يقول Andre Tunk : إن أحكام المسئولية التقصيرية التى كانت تهدف فى الماضى إلى محاسبة المسئولين عن الأضرار الناشئة من الخطأ العمدى أو التقصيرى قد تعدت ذلك إلى المساءلة عن الأخطاء البشرية التى لا يمكن تجنبها ، كعدم الانتباه اليسير أورد الفعل إزاء خطر داهم مفاجىء ، مثلما هو الحال فى قيادة السيارات . ويؤدى ذلك إلى تحمل الشخص المسئولية عن ضرر لا سبيل أمامه لتفاديه . وفى نظر أصحاب هذا الرأى أن ذلك أمر لا يمكن تبريره من الناحية الخلقية . ويرون لذلك وجوب العمل على الفصل بين الأهداف الأخلاقية التى يسعى قانون المسئولية التقصيرية إلى تحقيقها وبين تلك الأهداف العملية التى يرجوها هذا القانون ، وهى تعويض المتضررين والمصابين بأعداد متزايدة . والحل فى رأيهم هو العمل على إلقاء أعباء التعويض على قطاع يستطيع تحمله دون مشقة كبيرة[1] .

٣٧ – وقد تألفت فى البلاد الغربية حديثا عدة لجان لدراسة هذه المشكلات ووضع الحلول لها . ففى انجلترا تشكلت عام ١٩٧١ م اللجنة المَلَكِيَّة للمسئولية المدنية والتعويض عن الإصابات الجسدية Royalcommission on civil liabilitg and personal injury وأصدرت تقريرها عام ١٩٧٦[2] . وأوجب

---

(١) Tort, cases and material by Hepple and Mathews PP. 8, 817 .

(٢) السابق : ٨١٠ وما بعدها .

هذا التقرير الإبقاء على نظام المسئولية التقصيرية الحالى القائم على مفهوم الخطأ إلى جوار نظام التأمينات الاجتماعية القائم على مبدأ التكافل فى تحمل الضرر . وقد أسعد هذا الاتجاه أولئك الذين لا يريدون تدخل الدولة إلا فى أضيق الحدود ، لكنه أزعج غيرهم الذين اعتبروه نوعا من الاستسلام المخزى لأصحاب المصالح فى استمرار الوضع الحالى بمثالبه السابقة . وينطلق هؤلاء فى انتقادهم للوضع الحالى للمسئولية التقصيرية من المبدأ القاضى بأن على الدولة أن تجعل من نفسها إلى حد كبير شركة تأمين ضد الحوادث ، بما يحقق توزيع المضار التى تصيب الأفراد على أكبر عدد منهم . وإذا كان القانون قد قبل هذا المبدأ فيما يتعلق بحماية الفرد من الأضرار المالية التى تحدث له نتيجة الشيخوخة والمرض والبطالة فإن على المجتمع أن يقبل تحمل هذه المسئولية فى مجال التعديات المدنية . وينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى قبول القبول لتعويض العمال عما تسببه لهم حوادث الصناعة من أضرار دون اشتراط الخطأ باعتباره بداية النهاية لنظام المسئولية التقصيرية التقليدى . ويبدو استعداد هذا النظام التقليدى لتقديم تنازلات أخرى تغليبا للمصلحة الاجتماعية فى مجال حوادث السيارات ، حيث اتجهت بلاد عديدة إلى تقديم التعويضات للمصابين فى هذه الحوادث دون اشتراط الخطأ ، بعد أن أحست هذه البلاد بأن الإصرار على هذا الشرط من شأنه أن يخلق كثيرا من المصاعب للمحاكم والمتقاضين على السواء[1] .

٣٨ – وقد أغرت هذه الانتقادات المريرة نيوزيلندا بهجر العمل بأحكام المسئولية التقصيرية فى مجال الإصابات البدنية وأخذ الدولة بنظام للتأمينات الاجتماعية يتكفل بالتعويض عن هذه الإصابات . وقد جاء هذا النظام تنفيذا لمقترحات لجنة وود هاوس The wood house conmmittee الصادرة عام ١٩٦٧ . ويقوم هذا النظام على تصنيف المستفيدين به إلى ثلاثة أصناف . الأول : العاملون فى الدولة والقطاع الخاص ومن يعولونهم ويجب على هؤلاء تمويل تكلفة تعويضاتهم بالتكافل فيما بينهم . ويستحق المستفيد منهم فى حالة العجز الكلى نسبة

---

(١) القانون فى امريكا ص ٣٩٦ وما بعدها .

٨٠ ٪ من دخله قبل العجز ، إلا إذا كان دخله هذا ضعيفا فترتفع هذه النسبة إلى ٩٠ ٪، والحد الأقصى للتعويض هو ١٥,٦٠٠ دولار فى السنة . والثانى المصابون فى حوادث الطرق ومن يعولونهم ممن يجرى تعويضهم من حصيلة التأمين الجبرى المفروض على أصحاب المركبات ويحتسب التعويض الواجب لهم باتباع الأسس السابقة ذاتها . والثالث المصابون الآخرون من غير الشرائح الاجتماعية السابقة كربات البيوت وغير العاملين والسياح ومن يعولونهم . وهؤلاء تتحمل الدولة تعويضاتهم من خزانتها العامة[١] .

٣٩ – وفى استراليا تألفت عام ١٩٧٤ لجنة قومية برئاسة Wood house واقترحت الأخذ بنظام مماثل لما أخذت به نيوزيلندا فى مجال الأضرار البدنية . غير أن مقترحات هذه اللجنة لم توضع موضع التطبيق بعد[٢] .

٤٠ – وتستند هذه المقترحات إلى مفهوم المسئولية الاجتماعية Community responsi bility عن الأضرار المفاجئة التى تلحق ببعض الأفراد والتى تعجزهم عن الوفاء باحتياجاتهم الخاصة عن طريق العمل والكسب . وعلى الرغم من مشروعية الاحتماء بهذه المسئولية الاجتماعية من جهتى المنطق والخلق فإن الحكم بفاعلية هذا الاحتماء من الوجهة العملية ما يزال أمرا سابقا لأوانه فى رأى عدد من المحللين الذين يتخوفون من احتمال أن يؤدى الإحلال الكامل للمسئولية الاجتماعية محل المسئولية الفردية إلى تنمية الشعور بعدم الاكتراث وإضعاف دواعى الحذر والتحوط فى مجالات قيادة السيارات وإنتاج البضائع المعيبة وغيرها مما يؤدى إلى زيادة الحوادث وكثرة الإصابات وارتفاع الأعباء التى يتحملها المشتركون نتيجة لذلك[٣] .

وتهدف هذه المقترحات إلى علاج عيوب التطبيق العملى للتقاضى فى مجال المسئولية التقصيرية المتمثلة فى طول أمد التقاضى وارتفاع تكلفته وضعف كفاءته

---

(١) Tort, Cases and Materials, by Hepple and Mathews P. 807 .

(٢) السابق : ٨٠٩ .

(٣) السابق .

فى إيصال الحقوق لمستحقيها وكثرة عدد القضايا التى تدفع المحاكم إلى الإحساس بالعجز مما يؤدى إلى شعور المتضرر إزاء التعقيد والجشع الذى يمارسه بعض الوكلاء وغيرهم بأن الأيسر أن يتحمل المرء ما لحق به من ضرر وألا يذهب إلى محكمة للمطالبة بحقه . ومع ذلك فإن عيوب التطبيق لا تبرر هجر النظرية إذا كانت خطوطها العامة متماسكة فى ذاتها . ويجب علاج هذه العيوب فى إطارها الخاص بها .

٤١ - ويجب التفريق من الوجهة الشرعية بين إيجاب الضمان على المتعدى فى الأموال والحقوق التى تجرى مجراها مما يمكن أن يتحمله المتعدى دون مشقة كبيرة وبين تأمين وصول التعويض لمستحقيه فى الأضرار البدنية التى لا يستطيع المتعدى أو المخطىء فى العادة تحملها إلا بمشقة ولذا تتحملها العاقلة إذا بلغت مقداراً معينا من الدية (الثلث عند المالكية والشافعية والحنابلة ونصف العشر عند الأحناف) . وعلى المتعدى فى الفقه الإسلامى واجب تعويض المتضرر بخطئه فى الإصابات البدنية اليسيرة التى لا تتحملها العاقلة وفى الأضرار المالية الأخرى التى يغلب أن يكون مقدار التعويض الواجب فى حدود طاقته . أما التعويض عن الإصابات والجروح الذى يبلغ ثلث الدية عند الجمهور أو نصف العشر عند الأحناف فإن العاقلة هى التى تتحمله ، تغليبا لرعاية حق المتضرر وضمانا لوصول حقه إليه وحتى لا يطل دم فى الإسلام ، فإن الدية قد وجبت على العاقلة لهذه الاعتبارات . ويعلل ابن تيمية لوجوب الدية وأجزائها على العاقلة بأن (دية المقتول مال كثير ..والخطأ مما يعذر فيه الإنسان ، فإيجاب الدية فى ماله (المخطىء) ضرر عظيم به من غير ذنب تعمده ، ولا بد من إيجاب بدل للمقتول . فالشارع أوجب على من عليهم موالاة القاتل ونصره أن يعينوه على ذلك . فكان هذا كإيجاب النفقات التى تجب للقريب أو تجب للفقراء والمساكين وكإيجاب فكاك الأسير من بلاد العدو ، فإن هذا أسير بالدية .....وهى لم تجب باختيار مستحقها .. وليست قليلة فى الغالب كأبدال المتلفات ، فإن إتلاف مال كثير بقدر الدية خطأ نادر جدًا بخلاف قتل النفس خطأ)[1] .

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٥٥٣/٢٠ .

٤٢ – ولا يجب التعويض فى الشريعة فى أى من الحالين إلا بارتكاب خطأ يتعين على المدعى إثباته إلا فى مواطن التهم التى ينتقل عبء نفيه إلى المدعى عليه ، حسبما سلفت الإشارة إليه ، إذ لا ينشأ الضمان إلا عند قيام سببه وهو الخطأ أو التعدى .

ومع ذلك فإن عدم قيام الحق فى التعويض لا ينفى واجب المجتمع شرعا فى الرفق بالمتضرر والإحسان إليه أو اتخاذ الوسائل الكفيلة برفع الضرر عنه بمقتضى ما يجب من التعاون والتراحم والتواد بين المسلمين . غير أن هذين الواجبين(واجب التعويض بالتعدى وواجب التعاون على رفع الضرر) يختلفان فى طبيعتهما وأسبابهما والأحكام المترتبة عليهما . فواجب التعويض بالتعدى سببه الخطأ والتعدى وحكمه لزوم رفع الضرر الناشىء عن الخطأ طبقا للتقديرات التى حددها الشارع . أما الواجب على المجتمع فسببه الحاجة أو الاتفاق على تحمل الضرر فيما يتعلق بالتأمين التعاونى أو التزام الدولة به ، ويتقدر الواجب لذلك بقدر الحاجة أو التراضى أو الالتزام .

ومشكلة الاقتراحات السابقة أنها لم تفرق فيما يبدو لى بين ما يوجبه التعدى من التزام بتعويض المتضرر بهذا التعدى وبين ما يوجبه التكافل الاجتماعى من مسئولية تجاه المتضررين . وقد أدى عدم التمييز بين هذين الأمرين إلى المفاضلة بينهما وتغليب الأخذ بأحدهما . وكان غياب نظام العاقلة سببا فى الانحياز إلى اعتبار المجتمع مسئولا عن حماية مصالح المتضررين فى الإصابات الجسدية . وقد استطاع نظام العاقلة ، بترتيب الأحناف له من قرابة المتعدى وعصبته وأهل ديوانه وبيت مال المسلمين ، الوفاء بهذه المسئولية الاجتماعية .

٤٣ – والخلاصة أن المسئولية تقوم فى الفقه الإسلامى على ركن الخطأ فى الأضرار المالية والبدنية وأن تحمل واجب التعويض يقع على المتعدى فى الأضرار البدنية إذا كان العبء فى الطاقة غالبا ، أما إذا بلغ الواجب نصف عشر الدية عند الأحناف أو ثلثها عند غيرهم فإن العاقلة هى التى تتكفل بحمل هذا الواجب . أما الأضرار المالية فإن المتعدى هو الذى يتحملها بالغة ما بلغت ، لأن الغالب ألا تكون قيمتها كبيرة ولأن الشريعة لا تنزل المصالح المالية فى الاعتبار

منزلة المصالح المتعلقة بحفظ البدن . وفى رأيى أن نظام العاقلة يستطيع إذا أحسن ترتيبه باجتهاد مماثل للاجتهاد الحنفى أن يقوم بتوزيع الضرر فى الإصابات البدنية على قطاع يستطيع تحمله دون مشقة مما يؤدى إلى حل كثير من المشكلات التى يواجهها التطبيق الحالى لأحكام المسئولية التقصيرية . ذلك أن هذا النظام من المرونة بحيث يسمح بالتوفيق بين مصالح المتضرر والمتعدى .

أما إلقاء العبء على الدولة وعدم اشتراط الخطأ فإن ذلك لا يعد تطويرا أو إصلاحا لأحكام المسئولية التقصيرية بقدر ما يعتبر تحديدا جديدا لواجبات الدولة . وإذا وضعنا مقترحات اللجان السابقة الذكر هذا الوضع فإنه لن يكون هناك أى مانع من الوجهة الشرعية لتدخل الدولة فى التخفيف عن المتضررين على أساس مبادىء التعاون والإحسان وليس بالرجوع إلى أحكام المسئولية التقصيرية

٤٤ – وتوضح هذه الإشارات السابقة اهتمام البلاد الغربية بموضوع المسئولية التقصيرية باعتبارها أداة لضبط السلوك الاجتماعى من جهة وأسلوبا لتخفيف الضرر عن الأفراد المعتدى عليهم من جهة أخرى .وتهدف هذه البلاد إلى صياغة نظام لهذه المسئولية يتسم بالوضوح وعدم تعقيد إجراءاته مما ييسر وصول الحقوق لأصحابها بالحد الأدنى من التكلفة ويمنع استغلال شركات التأمين وغيرها لهؤلاء الذين ألقت بهم الأقدار إلى هذه الشركات .

وتقف البلاد الإسلامية من هذا النشاط موقف المتفرج الذى قد ينحاز فى النهاية لحل أو آخر دون نظر لمدى ملاءمته لظروفه الخاصة.وإمكانات تطبيقه وتأثيراته الجانبية وتوافقه مع مبادىء الشريعة . ويرتد هذا الموقف الذى يشبه موقف الوارث السفيه بتعبير بعض علمائنا إلى الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية التى أقصيت عن التطبيق ما يقرب من قرن وإلى ضعف مؤسساتنا العلمية التى يجب عليها أن تتصدى لدراسة المشكلات الاجتماعية المتعلقة بإصابات العمل وحوادث المرور والعجز عن الكسب مما عساه أن يؤدى فى النهاية إلى صياغات تشريعية تنبع من الأصول الإسلامية وتسهم فى تحقيق التكافل الاجتماعى

الذى أراده هذا الدين وشرع له من الأنظمة (الزكاة والصدقة وغيرها) مايسر تطبيقه فى الواقع العملى .

٤٥ - ولا شك فى أن الحاجة ماسة إلى تحقيق إصلاح تشريعى يوفر الحلول للمشكلات التى تواجه الأفراد فى مجال التعديات المدنية . ولا أشير بذلك فحسب إلى مشكلات تعقد إجراءات التقاضى فى هذا المجال وطول أمده وضعف التعويضات التى تصل إلى المتضررين وارتفاع التكلفة حتى أصبحت قضايا حوادث السيارات أوضح دليل على عجز القضاء المدنى فى بلادنا عن تحقيق العدالة ، وإنما أشير أيضا إلى تلك المأساة الاجتماعية العامة المتمثلة فى غياب الإحساس بالواجب تجاه الغير . ويكفى للدلالة على ذلك النظر إلى الحرية التى يمنحها كل منا لنفسه فى الانتفاع بالطرق العامة دون التفات إلى ما يجره ذلك من أضرار ، وإلى عدم تورع الشركات والهيئات المختلفة عن إلقاء مخلفات مصانعها فى الأنهار والترع أو ترك الحفر فى الطرق دون التنبيه على وجودها مما يهدد الجميع بأوخم العواقب . وقد صار هذا الموقف مقبولا فى عمومه حتى لا يفكر المتضرر فى اللجوء إلى القضاء . وفى ظل هذه الفوضى العامة لا تتورع العديد من المؤسسات عن إنتاج سلع معيبة وترويجها بين الجمهور . والنتيجة هى غياب روح المسئولية واختلال الأداء الاجتماعى . ويوجب هذا كله السعى إلى إصلاح أحكام المسئولية التقصيرية بإعادة صياغة هذه الأحكام على ضوء مبادىء الشريعة وأسسها لقدرة هذه المبادىء على ضبط سلوك الناس وتوفير العدالة المفقودة .

٤٦ - ويتألف المنهج الذى تقترحه هذه الدراسة لإصلاح قوانين المسئولية التقصيرية من الخطوط العامة التالية :

(أ) إقامة نظام المسئولية التقصيرية على الأسس الشرعية القاضية بحق الفرد فى حفظ أمواله وشرفه وسلامة بدنه ، وبمسئولية كل فرد عن عمله ، وبوجوب رفع الضرر الناشىء عن التعدى سواء بنقله إلى المتعدى أو بتحميله على قطاع كبير لا يشق ذلك عليه .

(ب) التعدى أو الخطأ هو سبب قيام هذه المسئولية .

(جـ) يتحمل المتعدى واجب التعويض فى ماله إذا تعلق الضرر بالأموال أو إذا تعلق بالأبدان وقل هذا الواجب عن المقدار الذى تتحمله العاقلة. وقد ينتقل واجب التعويض إلى العاقلة إذا تعلق الضرر بالأبدان.

(د) لا يبرىء إلقاء واجب التعويض على عاتق المدعى أو عاقلته الدولة من واجبها تجاه المتضررين الذين لايتسع نظام المسئولية التقصيرية لهم ولحل مشكلاتهم، كما هو الحال بالنسبة للمرضى والعجزة وكبار السن والمصابين فى الحوادث بأخطائهم هم والمستحقين لتعويضات لا تكفى احتياجاتهم. ويجب للوفاء بذلك إنشاء قسم أو هيئة فى الدولة لتتبع هذه الجهات وتمويل إعاناتها من موارد الزكاة والصدقات للمستحقين أو فرض ضريبة للتكافل الاجتماعى ينفق من حصيلتها عليهم إذا اقتضت المصلحة ذلك.

٤٧ – وبذلك يتعاون نظام المسئولية التقصيرية أو ضمان العدوان ونظام التكافل الاجتماعى على التخفيف من الأضرار المتنوعة التى يعانى منها الناس فى مجتمعاتنا. ومن الواضح أن أيا من هذين النظامين لا يستطيع بمفرده تحقيق الأهداف المنوطة بهما معا. وقد أخطأت تلك الدول التى استبدلت نظام المسئولية الاجتماعية بنظام المسئولية التقصيرية. ولا شك فى أن من أوجب الواجبات على الدولة الإسلامية رعاية المصالح الاجتماعية ومعاونة الضعاف وأصحاب العاهات. وإذا كان الفقه الإسلامى قد سبق الأنظمة القانونية الراقية الآن فى صياغة مبادىء المسئولية وعاونها على الترقى فى هذا المجال فإنه ما يزال قادرا على إفادة هذه الأنظمة بما أقامه من توازن بين المسئولية الفردية والاجتماعية فى مجال رفع الضرر.

٤٧ – تقنينات حديثة لأحكام الشريعة الإسلامية فى الضمان : اهتمت البلاد الإسلامية بموضوع الضمان وقننت أحكامه وفق مبادىء الشريعة الإسلامية. ومن اهم التجارب الرائدة فى هذا المجال وأسبقها ما تضمنته مجلة الأحكام العدلية التى أصدرتها دولة الخلافة العثمانية عام ١٢٨٦ هـ – ١٨٧٦ م والتى استمر العمل بها فى بعض الدول العربية حتى منتصف هذا القرن ولم ينته العمل بها فى الأردن إلا فى عام ١٩٧٦ حين صدر القانون المدنى الذى حل محل

المجلة فى التطبيق . ويتعلق بأحكام الضمان وقواعده ما يأتى :

١ – القواعد الكلية العامة التى تشكل الأساس العام لنظرية الضمان . وذلك كقواعد لا ضرر ولا ضرار (م ١٩) ، والضرر يزال (م ٢٠) ، والضرورات تبيح المحظورات (م ٢١) ، والضرورات تقدر بقدرها(م ٢٢) والضرر لا يزال بمثله (م ٢٥) ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (م ٢٦) ، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م ٢٧) والضرر يدفع بقدر الإمكان (م ٣١) ، والاضطرار لا يبطل حق الغير (م ٣٣) والعادة محكمة (م ٣٦) والمعروف عرفا كالمشروط شرطا (م ٤٣) والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م ٤٤) وإذا بطل الأصل يصار إلى البدل (م ٥٣) ويلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م ٨٣) والخراج بالضمان (م ٨٥) والغرم بالغنم (م ٥٨) ويضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا (م ٨٩) والجواز الشرعى ينافى الضمان (م ٩١) إلى غير ذلك مما تضمنته المواد ٩٢ إلى ٩٧ .

٢ – أحكام الغصب التى جاءت فى المواد ٨٩٠ إلى ٩١٢ .

٣ – أحكام الإتلاف التى تضمنتها المواد ٩١٢ إلى ٩٤٢ .

٤٩ – وقد تأثرت القوانين المدنية التى حلت محل المجلة فى العراق والأردن والكويت بمنهج المجلة ، ويظهر ذلك على نحو واضح فى القانون المدنى العراقى الصادر عام ١٩٥١ م الذى أفرد لأحكام الغصب المواد : ١٩٠ حتى المادة ٢٣٧ . وتجب الإشارة فى هذا الصدد كذلك إلى مشروع القانون المدنى المصرى طبقا لأحكام الشريعة الذى قدم إلى مجلس الشعب المصرى عام ١٩٨١ ، وكان على وشك الصدور لولا استماتة الأجهزة الراغبة عن تطبيق شرع الله عز وجل . وقد شمل هذا المشروع أحكام العمل غير المشروع فى المواد من ١٦٩ إلى ١٩١ . وأحدث التقنينات التى صدرت فى العالم الإسلامى متناولة أحكام الضمان هو قانون المعاملات المدنية السودانى الذى وضع موضع التطبيق فى عام ١٩٨٤ . وقد تعرض هذا القانون لأحكام المسئولية عن الأفعال الشخصية

وأفعال التابعين من خدم ومرؤوسين وغيرهم ، كما تعرض للمسئولية عن الحيوانات والأشياء . وقد شملت نظرية الضمان فى هذا القانون المسئولية المهنية والوظيفية بعد اتساع تأثير هذه المسئولية فى المجتمع الحديث . وقد تدارك القانون النقص فى القوانين السودانية السابقة بوضع الضوابط الأخلاقية والقانونيةالتى يجب الضمان بمخالفتها حماية لمصالح المتعاملين مع الموظفين والحرفيين وغيرهم . ويبدو تأثر قانون المعاملات المدنية السودانى بالمذهب المالكى رغم اتساعه لكثير من آراء المذهب الحنفى بإيجاب الضمان على الترك إذا نشأ منه ضرر ، تطبيقا للقاعدة المالكية : من ترك واجبا فى الصون ضمن[1] .

وهناك غير هذه التقنينات الرسمية عدد من التقنينات التى صاغها عدد من العلماء بصفتهم الشخصية . من ذلك مرشد الحيران لقدرى باشا ومجلة الأحكام الشرعية للقاضى أحمد بن عبد الله القارى والمقارنات التشريعية للأستاذ سيد عبد الله حسين الذى رتب كتابه على النسق القانونى وإن لم يتبع هذا النسق فى الصياغة .

ولعل هذه الجهود المتنوعة أن تيسر طريق هذا البحث وأن تسدده ، وهى توحى على وجه اليقين باجتماع القلوب والعزائم على الرغبة فى تطبيق الشريعة ، استعادةً لمجد تالد وسعياً لحل المشكلة القانونية التى تعانى منها البلاد الإسلامية المتمثلة فى عجز القوانين المطبقة فيها عن التلاؤم مع احتياجات مجتمعات هذه البلاد فى الأمن والتنظيم والتقدم .

---

(١) تطبيق الشريعة الإسلامية فى السودان بين الحقيقة والإثارة للدكتور المكاشفى طه الكباشى ص ٢٠ نشر الزهراء للإعلام العربى الطبعة الثانية ١٤٠٧ - ١٩٨٦ .

الباب الأول : المبادىء العامة

الفصل الأول : مفهوم الضمان وأنواعه

الفصل الثانى : مشروعية ضمان العدوان ومقاصده فى الشريعة وأسسه العامة

الفصل الثالث : أركانه

القسم الأول : مفهوم الضمان وحكمه وأركانه

الفصل الأول : مفهوم الضمان

٥٠ – تقديم .

يتعلق هذا الفصل ببيان مفهوم الضمان وأنواعه وما يميزه عن غيره من أنواع المسئوليات الأخرى تمهيدا لتحديد مفهوم ضمان العدوان الذى تتخذه هذه الدراسة موضوعا لها مع مقارنة مفهوم ضمان العدوان فى الاصطلاح الفقهى بمفهوم المسئولية التقصيرية Torts فى الاصطلاح القانونى .

ويتعلق هذا الفصل من جهة أخرى ببيان مشروعية ضمان العدوان وحكمة هذه المشروعية أو المقاصد والمعانى التى أرادها الشارع من شرعه لهذا الضمان . ويعرض هذا الفصل أخيرا للمبادىء العامة التى يقوم عليها هذا الضمان فى الشريعة .

٥١ – مفهوم الضمان اللغوى : يدل الضمان فى اللغة على عدة معان منها التحمل والمسئولية والالتزام . جاء فى لسان العرب : ضَمِنَ الشىء وبه ضمناً وضمانا كفل به . وضمَّنَهُ إياه : كَفَّلَه ..وفلان ضامن وضمين : كافل وكفيل . يقال ضمنت الشىء أضمنه ضمانا فأنا ضامن ، وهو مضمون . وفى الحديث : « من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أن يدخله الجنة . أى ذو ضمان .. » والحديث مرفوع فى الصحاح عن أبى هريرة بمعناه . وفى القاموس المحيط أن قولك ضمَّنتهُ الشىء تضمينا فتضمنه عنى بمعنى غرَّمته فالتزمه . وقد وردت هذه الكلمة فى السنة النبوية بهذا المعنى فى مواطن كثيرة . من ذلك قوله ﷺ « الخراج

بالضمان »[1] ، وقوله : « الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن » وقوله « وإن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها »[2] . وقوله « من تطبب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسا فما دونها فهو ضامن »[3] . وقد ورد كذلك نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن[4] . وهى بهذا المعنى فى كتب الآثار المتقدمة فى تاريخ تأليفها ومن المعانى الغوية للضمان والتضمين شغل الشىء بغيره واشتماله عليه ، كما فى قولهم ضمن الوعاء الشىء وتضمنه وضمنته إياه وهى فى ضمانه بمعنى إحرازه فيه واشتماله عليه . ومن ذلك أن تقول ضمَّن كتابه أو كلامه معنى حسنا . ومن هذا المعنى قولهم – كما جاء فى لسان العرب – شرابك مُضَمَّن إذا أودعته الكوز أو الإناء . ومنه قولهم الضامنة من النخيل ، فاعلة بمعنى مفعولة ، بمعنى ما يكون فى القرية من النخيل وما يشتمل عليه سورها . وفى هذا المعنى جاء نهيه ﷺ عن بيع الملاقيح المضامين[5] . والملاقيح ما فى بطن الناقة ، أما المضامين فتعنى ما اشتمل عليه أصلاب الفحول .

وقد ورد الضمان والضَّمانه والضُّمْنة بمعنى المرض والزمانة والعلة المستديمة التى تلزم صاحبها مكانه كما تلزم العهدة الكفيل حسبما جاء فى أساس البلاغة توضيحا لعلاقة هذا المعنى المجازى لكلمة الضمان بمدلولها الحقيقى . ومن ذلك قولهم رجل مضمون اليد أى مخبونها ومعلولها ، كما جاء فى القاموس المحيط ، والمضمَّن من أبيات الشعر ما لا يتم معناه إلا فى البيت التالى له ، وعده أكثرهم عيبا فى الشعر . وفى حديث عبد الله بن عمر « من اكتتب ضمنا بعثه الله ضمنا

---

(١) فى بعض طرق هذا الحديث أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى رسول الله ﷺ فرده عليه . فقال الرجل يا رسول الله قد استعمل عبدى فقال الخراج بالضمان ، وهو حديث صحيح رواه ابن حبان وأبو داود والترمذى والنسائى فى كتاب البيوع وابن ماجة فى التجارات ومسند أحمد بلفظ آخر : ٨٠/٦ ، ١١٦ ، ١٦١ .

(٢) ابو داود كتاب الصلاة والترمذى فى المواقيت وابن ماجة فى الإقامة ومسند أحمد : ٢٣٢/٢ ، ٢٨٤ ، ٣٨٢ .

(٣) الموطأ كتاب الأقضية ومسند أحمد : ٤٣٦/٥ .

(٤) أبو داود الديات وابن ماجة فى الطب والنسائى فى القسامة .

(٥) الموطأ كتاب البيوع .

يوم القيامة » ومعناه أن من سأل كتابة نفسه فى ديوان الزمنى ليعذر عن الجهاد ولا زمانة به بعثه الله يوم القيامة زَمِنا . وفى الأثر أنه كان لعامر بن ربيعة ابن أصابته رمية يوم الطائف فضمن منها أى زمن . وفى الأثر كذلك أنهم كانوا يدفعون المفاتيح إلى ضمناهم ويقولون إن احتجتم فكلوا[١] .

٥٢ - المفهوم الاصطلاحى : يطلق الضمان فى الاصطلاح الفقهى ويراد به المعانى التالية :

الأول ، وهو أخص إطلاقاته ، إرادة معنى الكفالة به . وقد وردت كلمة الضمان بهذا المعنى عنوانا لمبحث الكفالة فى كتب الفقه المالكى والشافعى والحنبلى . وهم يعرفونه بهذا الاعتبار تعريف الكفالة ؛ فيعرفه الدسوقى بأنه (شغل ذمة أخرى بالحق)[٢] بناء على أن الدين ينتقل بالضمان عند المالكية إلى ذمة الضامن أو الكفيل . أما الشافعية فيعرفون الضمان بهذا الإطلاق بأنه (ضم ذمة إلى أخرى)[٣] على أساس انهم يتفقون مع الجمهور فى أن ذمة الأصيل مطالبة بالحق ومشغولة به مع ذمة الكفيل وأن الضمان لا ينقل الدين إلى ذمة الكفيل . وقد سلك الحنابلة هذا المسلك فعنونوا للكفالة بعنوان الضمان وعرفوه تعريفها[٤] . ومع ذلك فقد عنون البهوتى للكفالة فى كشاف القناع بعنوان أكثر طولا هو (باب الضمان والكفالة وما يتعلق بهما)[٥] مما يؤكد قضية استعمال أحد هذين اللفظين فى محل الآخر فى هذا السياق . وقد تابعت مجلة الأحكام الشرعية الاصطلاح الحنبلى فاختارت عنوان الضمان لمبحث الكفالة ، وعرفت الضمان لذلك بأنه : (التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه ، أو هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالا أو مآلا)[٥] . وفى هذا الاتجاه يطلق ضمان الدرك فى المذاهب أو عهدة المبيع على (ضمان ثمن المبيع أو جزء

---

(١) لسان العرب مادة ضمن .

(٢) حاشية الدسوقى ٣٣٠/٣ .

(٣) المهذب ٣٩٩/١ .

(٤) منتهى الإرادات للبهوتى : ٢٤٥/٢ .

(٥) المادة ١٠٦١ .

من لأحد المتبايعين عن الآخر)[1] . وتقابل الكفالة عند الحنابلة مفهوم الكفالة بالنفس عند الأحناف وهم يعرفونها لهذا بأنها (هى التزام إحضار من عليه حق مالى إلى ربه)[2] . ويتفق الإمامية مع الحنابلة فى التفريق بين الضمان والكفالة على هذا الأساس[3] .

أما الأحناف فقد تناولوا أحكام الكفالة تحت عنوانها الخاص بها وإن كانوا قد استخدموا عنوان الضمان فى بعض الأحوال لتناول أحكام الكفالة تحته ، كما فعل المرغينانى ومحمد بن الحسن[4] .

وقد ورد هذا المعنى الخاص للضمان فى السنة ، فقد روى أبو سعيد الخدرى أن النبى ﷺ « حضر جنازة فقال هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا نعم ، درهمان . فقال ﷺ : صلوا على صاحبكم فقال على رضى الله عنه : أنا لهما ضامن . فقام ﷺ فصلى عليه » .

٥٣ - والمعنى الثانى للضمان أعم من سابقه ، ويراد به شغل الذمة بما أوجب الشرع الوفاء به لسبب من الأسباب التى تنشئه . ويقترب مفهوم الضمان بهذا المعنى من مفهوم الالتزام فى الاصطلاح القانونى . وقد عرفه المرحوم الشيخ على الخفيف بما يقرب من هذا المفهوم فقال بأن الضمان عبارة عن شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجبه له[5] .

ويشمل الضمان بهذا المعنى : ١ - ما وجب فى الذمة نتيجة إلزام الشخص نفسه بإرادته المنفردة . ٢ - ما وجب بعقد من العقود كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن . ٣ - ما وجب بفعل أو ترك غير مشروعين تسببا فى إلحاق الضرر بالغير ضررا أوجب الشارع رفعه . ٤ - ما وجب بفعل نافع للغير كالإنفاق على مال هذا الغير .

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية ، المادة ١٠٦٥ ومجلة الأحكام العدلية ، المادة ٦١٦ .

(٢) مجلة الأحكام الشرعية (م ١٠٦٦) .

(٣) تحرير الوسيلة للخمينى ٢٥/٢ ، ٣٤ .

(٤) انظر : الهداية ٩٥/٣ والجامع الكبير ص ١٩٧ .

(٥) الضمان ٩/١ .

وتتفق أسباب الضمان – طبقا لما يرسمه التعريف السابق – مع أسباب الالتزام فى التفكير القانونى . ولذا وجد صاحب هذا التعريف نفسه مضطرا إلى تناول هذه الأسباب فى مقدمة كتابه الرائد (الضمان فى الفقه الإسلامى) الذى نشره عام ١٩٧٣ ، كما أن هذا التعريف هو الذى حمله على الاستطراد إلى تناول أبواب معينة كالكفالة والوكالة وغيرها مما يدخل فى موضوع الضمان بهذا المعنى الواسع الذى يقترب من المفهوم اللغوى للكلمة .

وتجدر الإشارة إلى أن الضمان بمعناه الأعم الواسع لا تعلق له بما وجب على المرء من عقوبة أو جزاء على ما ارتكبه من جنايات ، فإن هذه العقوبات لا تجب فى الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية كالكفارات ، كما أنها لا تدخل ضمن الأسباب السابقة . ويجب لذلك الفصل بين المسئولية الجنائية وبين الضمان فى الاصطلاح الفقهى ، وهو ما يبدو من تتبع مسلك الفقهاء .

٥٤ – أما المعنى الثالث للضمان فيتصل بالتعريف الثانى ، وينظر فيه إلى أداء هذا الذى وجب فى الذمة لسبب من الأسباب السابقة . وتقصره بعض التعريفات على أداء الواجب فى الذمة للتعدى بارتكاب فعل أو ترك ضار بالغير . من ذلك التعريف الذى يمكن استنباطه مما أورده الغزالى ، وهو أن الضمان (واجب رد الشىء أو بدله بالمثل أو القيمة)[1] أو هو (أداء غرامة التالف)[2] فى التعريف الذى يستخلص مما أورده الشوكانى . وعلى سبيل المقارنة فإن تعريف الغزالى خاص بالتعدى فى الأموال. أما تعريف الشوكانى فيدخل فيه أداء ما وجب فى الذمة بالتعدى على الأموال أو على الأبدان . وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بتعريف للضمان قريب من تعريف الغزالى ، ويرد عليه ما ورد على تعريف الغزالى من نقص ؛ فقد جاء فى المادة ٤١٦ أن الضمان هو إعطاء مثل الشىء إن كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات .

٥٥ – وقد تبعت بعض التعريفات الحديثة تعريف الشوكانى ، وقصرت

---

(١) الوجيز : ٢٠٨ .

(٢) نيل الأوطار ٥/٢٩٩ .

مفهوم الضمان على أداء ما وجب فى الذمة نتيجة التعدى بارتكاب فعل أو ترك أضر بالغير ضرراً أوجب الشارع رفعه . من ذلك التعريف الذى اختاره الأستاذ الزرقا للضمان وهو أنه (الالتزام بتعويض مالى عن ضرر بالغير)[1] . ولا يختلف التعريف الذى اختاره الدكتور وهبة الزحيلى عن هذا التعريف ؛ فالضمان عنده هو(الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئى أو الكلى الحادث بالنفس الإنسانية)[2] .

ويرد على تعريف الغزالى والمجلة أنه يحصر الضمان فى المسئولية الناشئة عن التعدى بغصب الأموال أو إتلافها دون سند يبرره من الاستعمال اللغوى أو العرف الفقهى أو عرف الشارع أو قصده . والقاعدة الأصولية وجوب حمل اللفظ على معناه الذى حدده الشارع وإلا وجب حمله على معناه المعروف فى الاستعمال الفقهى العرفى أو اللغوى . ويرد على هذا التعريف كذلك استبعاده للضمان الناشىء عن العقد الذى يدرجه الفقهاء ضمن مباحثهم للضمان . ويؤدى هذا التعريف الناقص للضمان إلى الإخفاق فى متابعة نظرية الضمان التى صاغها الفقهاء ، مما يعد المقصد الأساسىّ لأية دراسة فى هذا الموضوع .

٥٦ – أما تعريفات الشوكانى والزرقا والزحيلى فتشترك فى إطلاق الضرر وسببه الموجب للتعويض . وبهذا الإطلاق يشمل الضمان ما وجب فى الذمة رفعا للضرر الناشىء بمخالفة العقد أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع فى ذاته أو باعتبار ما يؤول إليه من مفاسد . ويشير البزدوى إلى التفريق بين نوعى الضمان بقوله (ضمان العقد فاسدا كان أو جائزا يجب بالتراضى ، وضمان العدوان يعتمد أوصاف العين)[3] . وقد أشار السرخسى إلى هذا التفريق كذلك[4] ، كما يدل عليه تفصيل السيوطى لأسباب الضمان بالتعدى فى مقابلة ما أسماه بضمان العقد[5] .

---

(١) المدخل الفقهى العام : ١٠٣٢/٢ .
(٢) نظرية الضمان : ١٦ .
(٣) أصول البزدوى ص ٣١ .
(٤) المبسوط : ٦٩/١١ .
(٥) الأشباه والنظائر : ٣٦٢ .

والتعريف الذى أستخلصه من هذه الملاحظات السابقة وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح فى الدلالة عليه من غيره أن الضمان هو شغل الذمة بحق مالى أو جب الشارع أداءه جبرا لضرر لحق بالغير فى ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتا أو مآلا .

٥٧ - ويتضمن هذا التعريف المعانى التالية :

(أ) - محل الواجب بالضمان هو الذمة . ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه أو الإبراء منه ممن له حق الإبراء . وللمتضرر حق رفع الأمر إلى القضاء لجبر المتسبب فى الضرر على الوفاء بحقه . ويختلف ذلك عن الواجب خلقا وديانة لا قضاء مما رغب فيه الشارع وحث الناس على الوفاء به دون أن يرتب جزاء فى الدنيا على المخالفة . وهو خطاب الترغيب الذى يشمل المكروهات والمندوبات فى الاصطلاح الأصولى . والذمة فى اللغة هى العهد ، وفى عرف الفقهاء وصف يصير به الإنسان أهلا لماله أو عليه ، وأهل الذمة هم المعاهدون الذين أصبحوا بحكم معاهدتهم أهلا لثبوت الحقوق والواجبات[1] . ويعكس اكتشاف الفقهاء لهذا الوصف قدرتهم على التخيل وإحاطتهم بما تمليه الصناعة الفنية للعمل التشريعى . فقد أمكنهم بهذا الاكتشاف المبكر أن يقيسوا المسئولية ومباحث الأهلية على أسس واضحة . والذمة ، فيما يذكره التفتازانى ، ظرف يستقر فيه الوجوب دلالة على كمال التعلق وإشارة إلى أن هذا الواجب هو باعتبار العهد والميثاق الذى أخذه الله على عباده وهو ألا يخالفوا أحكامه[2] .

(ب) يختلف الواجب بالضمان عن العقوبة فى طبيعته والمقصود منه ، إذ الواجب بالضمان إنما شرع رعاية لحقوق العباد على حين شرعت العقوبة فى مقابلة التعدى على حقوق الله عز وجل . وقد شرع الواجب فى الضمان جبرا

---

(١) التوضيح : ٧٥١/٢ .

(٢) التلويح على التوضيح : ٧٥١/٢ .

للضرر الواقع على الفرد بينما شرعت العقوبة للزجر عن الجناية . وسيأتى تفصيل ذلك فى مناسبته .

(جـ) سبب الضمان هو التعدى بارتكاب فعل محظور شرعا أو ترك أداء واجب من الواجبات . غير أن هذا التعدى قد يكون بمخالفة عقد أوجب الشارع الوفاء به كالمودَع إذا لم يحفظ مال الوديعة أو يقصر فى حفظها ، وكالأجير والمستأجر إذا خالفا شروط الإجارة . وقد يكون التعدى بمخالفة أحكام الشريعة ، كإتلاف مال الغير أو غصبه ، وكالإهمال فى قيادة دابته إذا أضر بغيره ،

(د) يشترط فى التعدى الموجب للضمان أن ينشأ عنه ضرر . أما لو حدث التعدى دون ضرر فلا ضمان ، لأن الحكم به لجبر الضرر ورفعه ولم يوجد . ولذا فإنه لو أهمل فى قيادة سيارته واصطدم بمتاع غيره دون أن يؤثر فيه أو يعيبه لم ينشأ الضمان . وهناك مع ذلك بعض الأفعال الموجبة للضرر بذاتها ، كالغصب فإنه يضمن منافع المغصوب ولو لم يكن معدًّا للاستغلال عند الجمهور . وهذا نوع من افتراض الضرر والتعويض عنه . ويفترض وقوع الضرر كذلك فى تقييد حرية الشخص وحبسه حبسا غير مشروع عند فقهاء الحنابلة وفى المرجوح عند الشافعية ، مما يشبه بعض أنواع المسئولية المطلقة Strict liability فى القانون الإنجليزى . وهذه الاستثناءات تؤكد القاعدة القاضية بأن الضرر شرط لوجوب الضمان .

(هـ) يشترط كذلك قيام علاقة السببية بين التعدى والضرر ، بمعنى إسناد الضرر ونسبته إلى فعل المتعدى . أما لو أضيف الضرر إلى سبب آخر غير فعل المتعدى فلا يجب عليه الضمان ، حتى لا يكون مسئولا عن غير فعله ، والقاعدة الشرعية ألا تزر وازرة وزر أخرى وألا يؤاخذ بجريرة غيره . ولذا لو ألقى شخص غيره فى ماء ضحل فامتنع عن الخروج منه مع قدرته عليه حتى مات لم ينسب الموت إلى فعل المتعدى بالإلقاء .

(و) عموم الضرر الذى قصد الشارع إلى جبره وعدم اختصاص الضرر المقصود رفعه بنوع منه دون آخر ، إلا إذا كان من التفاهة بحيث لا يعد ضررا فى عرف الناس . دليله إطلاق قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » . وإنما تعين حمل

الضرر على معناه العرفى بناء على القاعده الأصولية التى توجب حمل اللفظ على معناه المحدد فى الشرع إن وجد ، وإلا وجب حمله على معناه العرفى ، ولم يخص الشارع ضررا بالرفع دون غيره فوجب اتباع المعنى العرفى الذى كان لهذا اللفظ فى عصر الرسالة . وبهذا يشمل الضرر الواجب التعويض جميع الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال ومنافعها وبالنفس الإنسانية وبالحقوق المالية الأخرى . وبهذا فإنه لا محل لما ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهورى من أن فكرة الضرر فى الفقه الإسلامى ذات أبعاد ضيقة ومحددة بما يرد على أعيان الأموال ، مما سأناقشه فى حينه من هذا البحث .

(ز) يجرى تقدير التعويض الواجب بالتعدى بقدر الضرر ، لان المقصود هو جبره لا زجر المتعدى وإن تحقق ذلك بالمقصود الثانوى لفرض الضمانات .

٥٨ – المسئولية المدنية والضمان : يرد مصطلح المسئولية المدينة Civil liability فى التفكير القانونى عنوانا على ما وجب فى الذمة لحقّ الغير جبرا للضرر الواقع عليه بمخالفة العقد أو بالتعدى بارتكاب فعل غير مشروع . والالتزامات Obligations بهذا أعم من المسئولية المدنية التى تنحصر فى قيام واجب التعويض عن الضرر الناشىء بمخالفة العقد أو ارتكاب فعل غير مشروع . أما الالتزامات فتشمل كل ما ينشأ فى الذمة بالإرادة المنفردةوالعقد وارتكاب فعل غير مشروع والكسب غير المشروع أو الإنفاق على مال الغير بالتعبير الفقهى . وتنقسم المسئولية المدينة إلى قسمين كبيرين . أولهما المسئولية العقديةContractual biability التى تنشأ إذا تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد ، دون عذر طارىء يبرر هذا التخلف ، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه ، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعاقد الآخر[١] . وبهذا التحديد تندفع مسئولية الممتنع عن الوفاء بالعقد فى الأحوال التالية : ١ – إذا كان امتناعه راجعا إلى سبب أجنبى لا يمكن التحرز منه . ٢ – إذا رجع امتناعه لعذر طارىء يبيح فسخ العقد . ٣ – إذا أمكن دفع الضرر بإجباره على تنفيذ العقد تنفيذا عينيا

---

(١) الوسيط للسنهورى : ٦٥٣/١ .

Specific performance. ٤ – إذا لم يؤد الامتناع عن الوفاء بالعقد إلى الإضرار بالطرف الآخر .

أما القسم الثانى من المسئولية المدنية فهو المسئولية التقصيرية Tortious Liability . وهو تعنى ما يعنيه ضمان العدوان .

٥٩ – وقد وردت كلمة المسئولية فى النصوص الشرعية ؛ فمن ذلك قوله تعالى : ﴿ إن العهد كان مسئولا ﴾[1] أى مجازى به ، وقوله : ﴿ وقفوهم إنهم مسئولون ﴾[2] ، وقوله ﷺ : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » ، ومعنى تلك الكلمة فى هذه النصوص التبعة والمؤاخذة والمجازاة عن العمل الذى يقوم به المرء . وترادف كلمة المسئولية بهذا المعنى مصطلحىْ التكليف والأهلية فى الاصطلاح الأصولى .

غير أن الفقهاء لم يلتفتوا إلى تقسيم المسئولية أو التكليف هذا التقسيم الذى أخذ به التفكير القانونى . وقد ركزوا بدلا من ذلك على النظر إلى نتائج هذه المسئولية أو التكليف وما يجب بهما بالتفريق بين الجوابر والزواجر . والزواجر أو العقوبات هى موجب التكليف أو الخطاب الجنائى على حين تعد الجوابر تكليف أو مسئولية تنشأ عن الحكم بالضمان .

٦٠ – وهذه الجوابر المالية أو التعويضات إنما تثبت فى الذمة رفعا للضرر الناشىء عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق المرء فى سلامة نفسه وبدنه وسمعته وماله وحقوقه المالية الأخرى . كما أن هذه الجوابر تجب فى الذمة رفعا للضرر الناشىء عن التعدى بمخالفة أحكام العقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك . وبهذا فإن الضمان يجب بالتعدى رفعا للضرر ، سواء رجع هذا التعدى إلى : ١ – التخلف عن الوفاء بالمعقود عليه ، مما يعد مخالفة للأصل الشرعى القاضى بوجوب الوفاء بالعقود والعهود فى قوله : ﴿ ياأيها الذين آمنوا

---

(١) الإسراء : ٣٤ .
(٢) الصافات : ٣٧ .

أوفوا بالعقود ﴾[1] وفى قوله ﴿ أن العهد كان مسئولا ﴾[2] ٢٠ – مخالفة الأحكام الشرعية العامة بعدم الامتثال لما أوجبه الشارع وحرمه مما لا يرجع إلى وجوب الوفاء بالعقود .

٦٠ – وهناك احتمالان فى تحديد علاقة المصطلحات الفقهية بهذين النوعين من الضمان :

أولهما : إطلاق المصطلح الفقهى(ضمان العدوان) على هذين النوعين من الضمان ، بحكم اشتراكهما فى الموجب أو السبب وهو التعدى ومخالفة أحكام الشارع العامة أو الملزمة بالوفاء بالعقد . ويشترك هذان النوعان كذلك فى اشتراط الضرر وقيام علاقة السببية بين التعدى وحدوث الضرر . ولا يختلف التعدى فى الضمان الناشىء بمخالفة العقد عن التعدى بمخالفة الأحكام الشرعية من الوجهة الفنية ، بحكم أن مصدر الإلزام فيها واحد ، هو الشرع ، فإنه هو الذى ألزم بالوفاء بالعقود وهو الذى أوجب احترام الحقوق العامة للأفراد . وفى هذا الصدد فإن التفريق بين هذين النوعين من الضمان فى التفكير القانونى لايقوم على أسس نظرية مقنعة ، وإنما يجرى التفريق بينهما لاعتبارات عملية بحتة سأوضحها فى مناسبتها من هذا البحث .

والثانى : قصر إطلاق مصطلح (ضمان العدوان) على أحوال وجوب التعويض عن الأضرار الناشئة من التعدى بمخالفة الأحكام الشرعية العامة التى تمنع من التعرض للغير فى بدنه وأمواله وحقوقه المالية الأخرى ، وإطلاق مصطلح ضمان العقد عنوانا على أحد المعنيين التاليين : ١ – ضمان تعويض الضرر الناشىء عن مخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به . وإنما يستفاد هذا المعنى من التركيب (ضمان العقد) بتقدير محذوف هو المخالفة أو عدم الوفاء بالعقد . ويجرى هذا التركيب بهذا التقدير على معنى ضمان مخالفة العقد ، أو ضمان عدم الوفاء بالعقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرره . ويسوغ إطلاق ضمان العقد

---

(١) المائدة : ١ .

(٢) الإسراء : ٣٤ .

بهذا المعنى تلك الاعتبارات العملية القاضية بفصل الضمان بمخالفة العقد عن ضمان التعدى بالتعرض للآخر فى حقوقه التى قصد الشارع إلى حفظها . ومن أهم هذه الإعتبارات التمكين من إفراد كل منهما بالبحث فى حيز مناسب يسر تناوله والإحاطة بأحكامه دون مشقة أو حرج بعد اتساع المباحث الخاصة بكل منهما ، نظرا لظروف العصر . ويسوغ إطلاق ضمان العقد على هذا المعنى سهولة مأخذه من المصطلح الفقهى واقترابه من المعنى اللغوى لإضافة الضمان إلى العقد . إذ تفيد هذه الإضافة قيام نوع من المسئولية يتحملها المتعاقدان بوجوب الوفاء بشروط العقد وأحكامه . وتقدير الحذف مما هو معهود فى الاستعمالات اللغوية . ٢ – إطلاق ضمان العقد بمفهوم آخر يرجع إلى المعقود عليه ويشمل محل العقد وتوابعه وما يلزم لاستيفائه . وإنما يجرى إطلاق التركيب ضمان العقد بهذا المعنى على نية محذوف تقديره ضمان محل العقد وتوابعه . وهذا الإطلاق هو الأكثر شيوعا فى لغة الفقهاء واستعمالاتهم ؛ فإنهم يبحثون تحت عنوان ضمان البيع – على سبيل المثال – كلا من ضمان المبيع وضمان الثمن وتوابعهما ، كما يبحثون الضمان فى الإجارة لتناول أحكام التعدى فى المأجور والأجرة والمنفعة . وتجرى مجلة الأحكام العدلية والشرعية على تناول أحكام الضمان فى آخر كل عقد باتباع هذا الأسلوب ومع ذلك فإن السيوطى فى تعريفه لضمان العقد يختار تقييده بضمان محل العقد المتعين فى صلبه مستبعدا بذلك ما يعد من توابعه كالمأجور فى الإجارة ، والمستعار فى الإعارة التى تدخل فى ضمان اليد المؤتمنه . وعبارته : (ما يضمن ضمان عقد هو ما عين فى صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح)[1] .

٦٢ – والمناسب لهذا البحث إطلاق مفهوم ضمان العدوان على وجوب رفع الضرر الناشىء عن التعدى بمخالفة الأحكام الشرعية التى تمنع من التعرض للمرء فى حقوقه التى كفلها الشارع على حين يختص ضمان العقد بالمسئولية الناشئة عن الامتناع عن تنفيذ العقد . ويتطابق مفهوم الضمان بهذا التحديد مع مفهوم المسئولية المدنية فى التفكير القانونى .

---

(١) الأشباه والنظائر : ص ٣٦١ .

ويرجع الضمان والمسئولية المدنية إلى واجب واحد ، إذا اتبعنا هذا الفهم ، هو واجب جبر الضرر الواقع بالتعدى على الغير فى أى حق من حقوقه ، سواء كان هذا التعدى بارتكاب فعل محرم فى ذاته أو بالنظر إلى مآله أو بمخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به .

٦٣ – بين الضمان والعقوبة : يشترك الضمان والعقوبة فى السبب الموجب لهما ، وهو التعدى بمخالفة أحكام الشارع الملزمة فى السلوك ، وارتكاب المحظورات الشرعية التى نهى الله عز وجل عنها وتوعد على فعلها بالمجازاة والمؤاخذة والمساءلة . ومقتضى هذا الاشتراك عدم وجوب الضمان ولا العقوبة إلا بالتعدى . ويستند كل من الضمان والعقوبة كذلك إلى أساس واحد ، هو مؤاخذة كل امرىء بفعله ومسئوليته عما تسبب فيه فعله من إضرار بغيره . وقد أرسى القرآن الكريم هذا المبدأ فى مظان متعددة . من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره . ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره ﴾[1] وقوله ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾[2] وقوله : ﴿ لها ما كسبت وعليها ما أكتسبت ﴾[3] . ويربط القرآن الكريم المسئولية بالعمل الإنسانى لا بالأمانى والأهواء والرغبات ، وذلك فى قوله تعالى : ﴿ ليس بأمانيكم ولا أمانى أهل الكتاب من يعمل سوءا يجز به ﴾[4] ..

ويشترك الضمان والعقوبة من جهة أخرى فى القصد إلى الحث على عدم التعدى بزجر المعتدى ورفع أثر عدوانه وتحميله الضرر الناشىء عن فعله .

٦٤ – غير أنهما يختلفان فى الأمور التالية :

شرعت العقوبات لزجر الجناة عما يرتكبونه من محظورات شرعية زجر الله عز وجل عن فعلها بحد أو قصاص أو تعزير . ولذا فإن الجرائم والعقوبات محددة

---

(١) الزلزلة : ٧ ، ٨ . (٢) المدثر : ٣٨ . (٣) البقرة : ٢٨٦ . (٤) النساء : ١٢٣ .

شرعا ، طبقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى يمنع القاضى أو الحاكم من فرض عقوبة على فعل لم يجرمه الشارع . وتطبيق هذا المبدأ على الحدود والقصاص مما لا يحتاج إلى بيان ، حيث حدد الشارع الجريمة والعقوبة ، بدون إعطاء أية سلطة تقديرية لأحد . أما التعازير فقد حدد الشارع جرائمها وعقوباتها ولم يترك للقاضى إلا سلطة التخير من بينها فى ضوء شخصية الجانى وجسامة جرمه وظروف ارتكاب جريمته . ويشبهه الأسلوب المتبع فى القوانين الحديثة حين قدرت لأكثر الجرائم حدًا أدنى وحدًا أعلى للعقوبة ، تاركة للقاضى التخير بين هذين الحدين ، مراعاة لما تقضى به العدالة من تخفيف أو تشديد فى العقوبة . أما الضمان فقد شرع لجبر الضرر الناشىء عن التعدى وإن أفاد الزجر بالقصد الثانى لا بالقصد الأول . ويتعلق الضمان بسببه وهو التعدى شريطة حدوث الضرر وقيام علاقة السببية بين كل من التعدى والضرر . وبهذا فإن الأفعال الموجبة للضمان ليست محددة تحديد الأفعال الموجبةللعقوبة ، والأولى أكثر من الأخرى أو أن دائرة التكليف فى الضمان أوسع من دائرته فى الجنايات والعقوبات .

(ب) الفعل الموجب للضمان قد لا يكون جريمة ، ولهذا لا تشترط فيه النية أو القصد إلى إيقاعه . ويترتب على ذلك الحكم بضمان الصغير والمعتوه والمجنون والمخطىء والناسى والنائم والمهمل وغيرهم ممن لا يقصدون إيقاع الفعل أو إحداث الضرر . أما الجريمة فإنها لا تنشأ إلا بقيام ركنها المعنوى وهو القصد إلى الفعل واتجاه النية إلى نتيجته .

(جـ) طبيعة الحق المعتدى عليه فى الضمان مختلفة عنه فى الجرائم ، فالعدوان الموجب للضمان متجه إلى حقوق الأفراد أو حقوق العباد فى الاصطلاح الفقهى على حين أن العدوان فى الجرائم على حقوق الله عز وجل . وإنما أضيفت هذه الحقوق لله عز وجل رغم غناه عن عباده وعدم استضراره بأفعالهم إشارة إلى خطر هذه الحقوق فى الحياة الاجتماعية ودلالة على وجوب حمايتها والزجر عن التعرض لها[1] . ومع ذلك فقد يوجب الفعل الواحد كلا من الضمان

---

(١) فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ٦٠/٣ .

والعقوبة إذا إجتمع فيه التعدى على حقوق الله عز وجل وحقوق العباد . فالمسلم إذا شرب خمر ذمي وجب عليه الضمان بالنظر إلى تعديه على ما يعده غير المسلم مالا ، كما تجب عليه العقوبة بالنظر إلى تعديه على حق من حقوق الله عز وجل . ومثل ذلك فى السرقة الحدية الموجبة للضمان عند غير أبى حنيفة لتعلق كل من حق الله وحق العبد بارتكابها[1] .

ويحمل ما ذكره بعض الفقهاء فى رجوع مشروعية التعزير لحقوق العباد[2] على عدم الدقة ؛ فإن عقوبة التعزير واردة فى المقام الأول لحفظ حقوق الله عز وجل ، وورودها لحفظ مصالح العباد إنما هو فى المقام الثانى . والقاعدة التى يذكرها ابن نجيم أنه لا يوجد حق لله إلا وفيه حق العبد[3] . وإطلاق التعزير على التعدى المتعلق بحقوق العباد من قبيل المجاز ، والأغلب أن تكون العقوبة فى هذه الأحوال بالغرامة المالية .

(د)يترتب على تعلق الضمان بحقوق العباد أنه لا حق للإمام فى العفو عن المعتدى ، على حين أعطته الشريعة هذا الحق بالنسبة لجرائم التعزير . كذلك فإن الحق فى رفع دعوى الضمان للمتضرر بخلاف الدعوى الجنائية التى تعد من دعاوى الحسبة فى الشريعة والتى يحق لأى مسلم تحريكها ورفعها إلا فى دعوى القذف فإنَّ المقذوف أو ورثته هم الذين يحق لهم رفع الدعوى فيه .

٦٥ – وقد بسط العز بن عبد السلام والقرافى هذه الفروق فى فصل خاص عقداه للمقارنة بين الزواجر والجوابر . وخلاصة ما ذكراه أن الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح ، وأن الزواجر مشروعة لدرء المفاسد . ولا يشترط فى الجوابر إثم من وجبت عليه خلافاً للزواجر التى تجب فى مقابلة الإثم ، ولهذا شرع الجبر فى الخطأ والجهل وعلى المجانين والصبيان . وكذلك

---

(١) التشريع الجنائى لعبد القادر عودة : ٧٦/١ .
(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٤٥/٥ والبدائع ٦٣/٧ .
(٣) فتح الغفار ٥٩/٣ .

فإن الجوابر تقع فى الأموال والعبادات والنفوس والأعضاء والجراح والمنافع بخلاف الزواجر فإنها تقع فى الجنايات والمخالفات . وفى ذلك يذكر العز والقرافى أن ما رتبه الشارع على النفوس والأعضاء والجراح من ديات أو كفارات أو حكومة عدل فجوابر وما رتبه الشارع عليها من القصاص أو الضرب أو السجن أو التأديب فزواجر[1] .

٦٦ — من ذلك يتضح بما لا يدع مجالا للشك أن الفقه الإسلامى هو الذى سبق القوانين الغربية إلى صياغة التفريق بين العقوبات والضمانات ، وأن هذه القوانين قد حذت حذو الفقه الإسلامى فى هذا التفريق الذى يخالف بين المسئوليتين المدنية والجنائية فى نوع الجزاء وقصد الشارع منه[2] وعلى الرغم من وضوح النصوص الفقهية فى إقامة هذا التفريق فإن الدكتور عبد الرزاق السنهورى يتحدث عن أن القانون الجنائى فى الفقه الإسلامى لم ينفصل انفصالا تاما عن القانون المدنى على النحو الذى آله إليه الأمر فى القوانين الغربية ؛ فالجرائم التى تعتبر اليوم فى الفقه الغربى جرائم جنائية يعاقب عليها الفقه الإسلامى تارة بعقوبات عامة وتارة بعقوبات خاصة وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية[3] . ومرد هذه الشبهة أن الدكتور السنهورى يفرض على الفقه الإسلامى المنهج التطورى الذى يدرس به القانون الغربى . ويطرد هذا المنهج عنده ، فيزعم على سبيل المثال أن الفقه الإسلامى لم يعرف حوالة الدين لغموض معرفته بحوالة الحق وعدم وضوح أحكامها فيه بناء على أن الفقه الغربى لم يعرف حوالة الدين إلا فى مرحلة تالية على اكتشافه لأحكام حوالة الحق[3] . ويقتضى هذا المنهج ألا يكون الفقه الإسلامى قد عرف مبدأ الفصل بين المسئوليتين المدنية والجنائية أسوة بنظيرة الغربى الذى لم يعرف هذا الفصل بصفة نهائية إلا فى العصر

---

(١) قواعد الأحكام : ١٧٨/١ وما بعدها والفروق ٢١٣/٢ وانظر أيضا حجة الله البالغة : ١٥٨/٢ .

(٢) انظر ذلك فى : Salmond on Jurisprudence, 12th edition P. 409 and Poter's Introduction to English Law P. 356.

(٣) الوسيط :٤٢١/٣ وما بعده وانظر فى الرد عليه : العقود الشرعية هامش ٣ ص ٤٧ . الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة للدكتور عيسى عبده ص ٢٢٤ وما بعدها ، دار الاعتصام ١٩٧٧ .

الحديث[1] . لكن فرض مراحل التطور التى مر بها الفقه الغربى على الفقه الإسلامى أمر خاطىء من الناحية المنهجية ، لا ستقلال كل منها عن الآخر فى الظروف التى خضع لها . ومن الناحية الواقعية التاريخية فإن النصوص السابقة المنقولة عن فقهاء المسلمين كافية فى نفى هذه الشبهة وإثبات وضوح التفريق بين المسئوليتين المدنية والجنائية لدى هؤلاء الفقهاء .

وقد سلفت الإشارة فى التتبع التاريخى إلى أن القوانين الغربية لم تعرف الفصل بين المسئولية المدنية والجنائية إلا على مشارف العصر الحديث ، وأن هذا الفصل هو الذى أقدرها على تطوير مباحث المسئولية المدنية فى هذا العصر[2] .

---

(١) انظر فى ذلك : Salmond on Jurisprudeuce P. 396.

(٢) راجع الصفحات الأولى من هذا البحث .

المبحث الثانى : نوعا الضمان

٦٧ – يقابل البزدوى بين كل من ضمان العقد وضمان العدوان فيما سلفت الإشارة إليه أثناء المقارنة بين الضمان فى التفكير الفقهى وبين المسئولية المدنية فى التفكير القانونى الوضعى . وقد ترجح فى سياق هذه المقارنة حمل مفهوم ضمان العقد على تلك المسئولية الناشئة عن الإخلال بالعقد والامتناع عن الوفاء به دون عذر يبرر هذا الامتناع ، بخلاف ضمان العدوان الذى ترجح قصر مفهومه على التعدى بمخالفة الأحكام الشرعية العامة القاضية بوجوب عدم التعرض للغير فى ماله وبدنه وسائر حقوقه الأخرى . والمستند فى هذا الترجيح هو الاستجابة لطبيعة هذه الدراسة التى تتخذ من ضمان العدوان مجالا لها ، توضيحا لمفهومه وبيانا لأحكامه المتشعبة . وإنما استبعدت التعرض لأحكام ضمان العقد المتشعبة هى الأخرى بعد أن اتضح لى أن الجمع بينهما فى دراسة واحدة من شأنه أن يفسد المتابعة والإحاطة بمفهوم كل منهما . ولذلك اخترت إفراد ضمان العدوان بهذا التحديد خشية الإملال أو التطويل رغم الوعى بأن الامتناع عن الوفاء بالعقد من التسبب الموجب لضمان العدوان عند الفقهاء . كما أن المعنى الذى اخترته لضمان العقد مما يتيسر فهمه فى مألوف الاستعمال اللغوى طبقا لما أوضحته فيما سبق . وييسر هذا الإطلاق لضمان العقد وضمان العدوان إجراء المقارنة بين التفكيرين : الفقهى والقانونى . وتبعا لهذا التحديد فإن الضمان ينقسم الى نوعين : أولهما ضمان العقد والثانى ضمان العدوان . ويقابل ضمان العقد **ما يطلق عليه فى الاصطلاح القانونى المسئولية العقدية Contractual Liability على حين يقابل ضمان العدوان مصطلح المسئولية التقصيرية Torts فى التفكير القانونى .**
فيما يلى بيان مفهوم ضمان العقد وحكمه وعلاقته بغيره فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول : مفهوم ضمان العقد

٦٨ - وعلى ضوء ذلك فإن ضمان العقد هو شغل الذمة بحق مالى للغير جبرا للضرر الناشىء عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه ، مما يعد من التعدى بالتسبب الموجب للضمان فى المذاهب الفقهية جميعها . ويختلف ضمان العقد بهذا التعريف عن كل من واجب الوفاء بالعقد الواقع على أطرافه وحق المتعاقد فى إجبار الطرف الآخر على التنفيذ عن طريق رفع الأمر إلى القاضى من جهة أن هذه هى الأحكام المباشرة للعقد نفسه ، بخلاف الضمان الذى يجب فى مقابلة الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ العقد . ولا يجب على المدعى للإجبار على تنفيذ العقد إلا إثبات صحة هذا العقد ولزومه على حين يجب عليه لإثبات الضمان إثبات صحة العقد ولزومه وإثبات لحوق الضرر من جراء عدم تنفيذ العقد .

ومن المسائل الموضحة لمفهوم ضمان العقد ما روى عن أحمد بن حنبل : (فى رجل استأجر أجيرا على أن يحتطب له كل يوم ، فكان للرجل حماران ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة . فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر بانشغاله عن عمله . لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعْتَبَرَ الضرر . وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشىء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام فلم يلزمه شىء ، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن فى حال عمله ، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه . ويحتمل أنه أراد أن يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه . وقال القاضى معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذى أخذه من الآخر ، لأن منافعه فى هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره)[1] . والحاصل أن المستأجر استحق التعويض من الأجير إذا انشغل عن العمل الذى استؤجر لأدائه ، سواء بالعمل لغيره أو

---

(١) المغنى لابن قدامة : ٥/٤٦٥ .

بالاشتغال بالنوافل كقراءة القرآن . وفى ذلك أفتى أحمد بوجوب التعويض ، والخلاف فى كيفية تقديره .

ومنه أنه لو استأجر أجيرا لترميم جدار أو لإقامة جسر على حافة مزرعته ليمنع طغيان النهر عليها فامتنع فسقط الجدار أو طغى النهر على حافة مزرعته ضمن الأجير كل ذلك . ويعتبر الشيخ على الخفيف أن الضمان الواجب فى ذلك من ضمان الإتلاف بالتسبب لا من باب ضمان العقد . وإنما ألحقه بضمان العقد من جهة أن واجب الترميم وإقامة الجسر قد نشأ بالعقد الصحيح اللازم ، وعلى المستأجر لهذا إثبات وقوع الضرر وقيام هذا العقد . أما التسبب المطلق فى الإتلاف فإن الضمان فيه لا يفتقر إلى إثبات العلاقة التعاقدية .

٦٩ — حكم ضمان العقد : ذهب عدد من الكاتبين المحدثين إلى أن الامتناع عن الوفاء بالعقد لا يوجب التعويض . من بينهم الشيخ سيد عبد الله على حسين والشيخ على الخفيف والدكتور فتحى الدرينى والدكتور عبد الرزاق السنهورى . ويرى[١] الشيخ سيد عبد الله على حسن أن (التعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات كلا أو بعضا ، أو تأخير التنفيذ .. غير جائز شرعا ، ولا يتأتى الوصول إليه ، لأنه ما دام المتعهد فى التعاقد يعلم جيدا أنه مكره لنفاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدنى فلن يقصر ولن يتوانى فى التنفيذ) . ويرد هذا الرأى أن الإجبار على التنفيذ لا يكفى وحده لرفع الضرر . وهو بهذا يحصر التعويض فى الواجب بإتلاف مال الغير عمدا أو خطأ ، والحكم به)[٢] . ويوضح الشيخ على الخفيف وجهة نظره هذه بالتفريق بين أن يكون المعقود عليه مالا أو عملا ؛ فإنه إن كان مالا وسع الطرف المتضرر بالامتناع السعى إلى القاضى لإجبار الطرف الآخر على الوفاء بحقه ، فإذا امتنع أجبره القاضى على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة فى التنفيذ على المدين للوفاء بدينه . وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة ، وليس عليه تعويضٌ جزاءَ تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن . أما إذا كان المضمون عملا

---

(١) انظر رايه فى المقارنات التشريعية : ٢/٣٠٠ .

(٢) المقارنات التشريعية ٢/٣٠٠ .

كما فى التزام الأجير القيام بفعل معين وكما فى الالتزام بتسليم العين فإن الضامن يجبر على العمل الملتزم به ويُحْمَل عليه بما يراه الحاكم من تعزير جزاء ظلمه . وليس عليه أيضا تعويض بسبب ما ترتب على تأخير الوفاء من ضرر . ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون فى ضرر مالى أصاب المضرور ، بتلف بعض ماله أو نقص قيمته . أما الضرر الذى لا يتمثل فى فقد مال كان قائما فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا . غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن القيام بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له فإنه يلتزم بالتعويض .. وإن لم يكن ذلك من قبيل ضمان العقد بل من ضمان الإتلاف عند الفقهاء[1] .

٧٠ – وقد تابع الدكتور فتحى الدرينى ما ذهب إليه الشيخ على الخفيف ، فيقول : (أما تأخير تنفيذ الالتزام فيما إذا كان محل العقد أو محل الالتزام عملا كالأجير المشترك أو الخاص أو تسليم المبيع إلى المشترى عند أدائه الثمن فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالى فى الفقه الإسلامى ، إذ التعويض المالى شرعا إنما يعنى قيام مال بدل مال أتلف ، وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل . وعلى هذا فالمسئولية العقدية فى القانون لا تعنى ضمان العقد فى الفقه الإسلامى)[2] .

٧١ – رأى السنهورى : مصدر هذين الرأيين الأخيرين فيما يبدو لى هو الدكتور عبد الرزاق السنهورى الذى يرى أنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية فى الفقه الإسلامى للمسئولية العقدية على النحو السائد فى الفقه الغربى[3] ، بناء على أن مفهوم الضرر فى الفقه الإسلامى محدود ضيق إذا ما قورن بنظيره الغربى . ذلك أن (الفقه الغربى يعوِّض عن كل ضرر مادى أو أدبى . وفى الضرر المادى يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح ولو كان ذلك عن منفعة

---

(١) الضمان فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ١٧/١ ١٨ .
(٢) النظريات الفقهية للدكتور فتحى الدرينى ص ٢٢٦ .
(٣) مصادر الحق : ١٣٨/٦ .

أو عمل أو أي أمر آخر .. ولا يشترط فى الضرر إلا أن يكون مباشرا .. ومتوقعا . أما الفقه الإسلامى فإنه يشترط فى الضمان أن يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا فى استثناءات محددة .. ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أى ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم فى ذاته ضاع على الدائن)[1] . ومع ذلك يشير السنهورى إلى الاتفاق بين الفقه الإسلامى والغربى فى النظر إلى أركان المسئولية العقدية ومفهوم الخطأ واختلاف مفهومه فى هذين الفقهين بناء على اختلاف الالتزام وموضوعه الذى ينقسم إلى التزام بغاية أو التزام بعناية .

٧٢ - ويتضح من ذلك أن تحليلات هؤلاء الباحثين للضرر فى الفقه الإسلامى هى التى قادتهم إلى هذا التصور غير الدقيق للمسئولية العقدية أو ضمان العقد فى الفقه الإسلامى . ويرد على هذه التحليلات ما يلى :

- توجب الشريعة دفع الضرر مطلقا ، بدليل العموم الوارد فى قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » .

- لا يختص الضرر الواجب الرفع بالضرر الوارد على أعيان الأموال فى الشريعة ؛ فالأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج والأعضاء والبدن الإنسانى مما أوجب الشارع رفعه كذلك بالديات والأروش المقدرة وغير المقدرة . ويقضى المبدأ الشرعى فى ذلك بأن (لا يطل دم فى الإسلام) . ولا يقتصر التعويض بالنسبة للأموال على أعيانها إلا عند الأحناف . أما الجمهور فقد أوجب ضمان المنافع كذلك . وهذا هو سبب ورود تلك الشبهة إلى ذهن الدكتور عبد الرازق السنهورى ، فإنه ظن مذهب الأحناف فى عدم ضمان المنافع ، إلا فى تلك الاستثناءات التى اضطر إليها متأخرو الأحناف ، مذهبا لغيرهم ، واعتبر لهذا أن عدم ضمان المنافع هو الاتجاه السائد فى الفقه الإسلامى . ولذلك انتهى إلى أن فكرة الضرر فى الفقه الإسلامى ضيقة محدودة بالضرر المتعلق بأعيان الأموال .

---

(١) السابق ١٨٦/٦ .

ولا عذر لهؤلاء الذين راقهم رأى الدكتور السنهورى واعتمدوا تحليله وحكموا بأن التعويض فى الشريعة مقيد بإقامة (مال بدل مال أتلف) أو أن (الضرر الذى لا يتمثل فى فقد مال كان قائما لا يرى فيه الفقهاء تعويضا) وأن الحكم بالتعويض فى غير هذه الحالة من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

– أوجب الشارع الوفاء بالعقود بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ مما يقتضى اعتبار الامتناع عن تنفيذ العقد والوفاء به من قبيل التعدى الموجب لضمان الضرر الناشىء عنه .

– الاعتداد بالتنفيذ الجبرى وحده لا يكفى لرفع الضرر فى الظروف المختلفة ، كما لو ترك الأجير الزرع دون سقى حتى يبس وجف فإن إجباره على السقي أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد فى رفع الضرر ، ويتعين التعويض فى هذا المثال لإزالة الضرر طبقا لما نص عليه الفقهاء[1] .

٧٣ – تدل هذه المقدمات على اتساع مفهوم الضرر وعمومه لكل ما يعد ضررا فى العرف ، فيشمل الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال والمنافع والبدن الإنسانى وسائر الحقوق المالية الأخرى . كذلك فإن التعدى بالامتناع عن تنفيذ العقد دون عذر يبرره مما يوجب الضمان : وقد قصر الكاسانى الضرر الواجب التعويض فى الامتناع عن التنفيذ على (الضرر الملتزم بالعقد) أى الذى يتوقع الطرفان حدوثه فى العادة عند عدم التنفيذ . ويكرر الكاسانى هذا التعبير فى مواطن كثيرة[2] مما يدل على وضوح وعيه بهذا التقييد .

٧٤ – ومما يؤيد مسئولية الطرف المتراخى فى تنفيذ العقد عن الضرر الناشىء من ذلك ما ذكره ابن تيمية فيمن (عليه مال ولم يوفه حتى شكى رب المال وغرم عليه مالا ، وكان الذى عليه الحق قادرا على الوفاء ومطل حتى أحوج مالكه إلى الشكوى ، فما غرم بسبب ذلك فهو على الظالم الماطل إذا كان

---

(١) مرشد الحيران مادة ٦١٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٠٠ .

غرمه على الوجه المعتاد)[1] ، وهو المنصوص عليه فى المذهب المالكى كذلك[2] . وتعنى هذه القاعدة التى عبر عنها ابن تيمية بوضوح بالغ أن المماطل فى الوفاء بحق من الحقوق الناشئة عن عقد أو غيره ملزم بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بمطله بشرطين : أولهما يرجع إلى المماطل وهو ألا يكون معذورا فى هذا المطل ، ويرجع الثانى إلى الضرر ، وهو أن يكون الضرر معتاداً وألا يسهم المتضرر فى زيادة الضرر .

ويؤيده كذلك ما ورد فى لسان الحكام فيمن (اكترى دارا سنة بألف ، فلما مضت (أى السنة) قال ربها : إن أفرغتها اليوم وإلا عليك ألف كل يوم ، والمستأجر مقر أن الدار له ولم يفرغ ، لزمه [الألف] . قال هشام قلت لمحمد : هلا يجعل له أجر مثلها إلى أن يتمكن من التفريغ ، وبعد التمكين عليه ما قاله المؤجر ؟ قال : هذا حسن[3] . ووجه الدلالة أن عدم تفريغ الدار بعد انتهاء مدة إجارتها أنشأ حق التعويض لربها ، مع احتساب قيمته بالرجوع إلى اتفاق المتعاقدين بالغا ما بلغ . لكنهم استحسنوا احتسابه على أساس أجرة المثل فى الوقت الذى يستغرقه إفراغها ، على أساس اضطرار المستأجر إلى هذا الوقت ليتمكن من تفرغها باعتباره معذورا أثناءه ، أما بعد مضى وقت التمكن من التفريغ فإنه لا يعد معذورا وتحسب قيمة التعويض بالنظر إلى الاتفاق ، وإن بدت مبالغا فيها كما فى فرض هذه المسألة .

وفى مرشد الحيران أنه (إذا ترك الأكار سقى الأرض عمدا حتى يبس الزرع ضمن وقت ما ترك السقى قيمة الزرع نابتا فى الأرض . وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما)[4] . وفيه أيضا أنه (إذا أخر الأكار سقى الزرع تأخيرا معتادا فلا ضمان عليه ، وإن أخره تأخيرا غير معتاد فعليه الضمان والمزارعة صحيحة)[5] ، وذلك لمخالفته ما وجب عليه

---

(١) مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٤٦ وكشاف القناع للبهوتى ٤١٩/٣ .

(٢) حاشية الدسوقى ٤٥٥/٣ .

(٣) لسان الحكام لابن الشحنه ص ٣٦٥

(٤) المادة ٦١٢ .

(٥) المادة ٦١٣ .

بالعقد الصحيح . ولو ترك الأكار (حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه . وإن لم يردّ المزارع الجراد حتى أكل الزرع مع إمكان رده ضمن وإلا فلا[1] .

٧٥ — ويتأكد اعتبار الفقهاء لضمان العقد إلحاقهم لخطأ الطبيب فى بعض الجزئيات بهذا النوع من الضمان ؛ فقد نصوا على أنه إذا (استأجر حجاما ليقلع له سنا فقلع ، فقال صاحب السنّ : ما أمرت بقلع هذا كان القول قوله ويضمن)[2] . ففرض هذه المسألة أن المريض استأجر الحجام أو الطبيب للدلالة على وجود العلاقة التعاقدية وأن المريض يدعى مخالفة الطبيب شروط هذه العلاقة مما أضره ، بقلع سنٍّ غير السن التى أراد قلعها . والقياس أن يكلف مدعى المخالفة التى توجب دينا فى ذمة المدعى عليه بالبينة المثبتة للخطأ أو المخالفة ، طبقا لقاعدة البينة على المدعى . ومع ذلك فقد ذهب الفقهاء إلى أن القول قول المدعى وأنه لا يكلف بإثبات الخطأ ، بناء على أن الإذن مستفاد من جهته فيصدق فيه . ويعنى هذا التعليل رغبة القائلين بهذا الرأى فى تغليب مصلحة المرضى ، خاصة وأنهم لا يعرفون عند التعاقد الأصول الفنية التى ينبغى على الطبيب اتباعها لعلاجهم . وهذا هو المعنى الذى نظر إليه المحدثون فى إلحاقهم مسئولية الطبيب بالمسئولية العقدية بعد أن جرت المحاكم على اعتبارها من المسئولية التقصيرية حتى صدور حكم محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٣٦ م . وقد قضى هذا الحكم بأن مسئولية الطبيب عقدية إذا خالف فى عمله ما توجبه العلاقة التعاقدية بينه وبين مريضه . وذلك بناء على أن سبب هذه المسئولية هو الاتفاق بين الطبيب وبين المريض أو نائبه . ونتيجة اعتبارها على هذا النحو افتراض خطأ الطبيب ونقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه ، بمعنى أن المدعى لا يكلف بإثبات الخطأ ، وأن على الطبيب ليدفع المسئولية عن نفسه أن يثبت أنه قام بواجبه العقدى على النحو الذى توجبه الأصول الفنية للمهنة[3] . ولا يختص هذا بالطبيب

---

(١) السابق : مادة ٦١٤ . (٢) مجمع

(٣) الوسيط ٨٢١/١ والمسئولية المدنية لحسين عامر ص ٩٨ ومسئولية الطبيب لعبد السلام التونجى ص ٩٠ .

وحده ، بل يتعداه إلى سائر المهن الفنية . ويدل هذا المثال السابق على وعى الفقهاء بخصائص ضمان العقد .

٧٥ – ومما له دلالة فى إثبات قيام هذا النوع من الضمان مستقلا عن غيره فى التفكير الفقهى قاعدة إيجاب الغرور للضمان فى المعارضات . ونص هذه القاعده حسبما جاء فى المجلة : (لو غر واحد آخر ضمن عقد المعارضة يضمن ضرره . مثلا لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحقت وضبطت أخذ المشترى من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم)[١] . وبهذا يوجب التنفيذ المعيب للعقد ضمان الضرر الذى تسبب فيه . وقد اشترطوا قيام عقد من عقود المعاوضات لتضمين الغارّ ما لحق المغرور من الضرر . وليس هذا الشرط شرطا حاصرا ؛ إذا يلتحق بعقود المعاوضات فى إيجاب الغرور لضمان تلك العقود الأخرى التى يعود نفعها إلى الغار نفسه . من ذلك أن المودع إذا غرّ المودَع فضمن شيئا رجع به على المودع وتوضيح ذلك بمثال أنه لو أودع شخص ما لا عند آخر وسلمه إليه فهلك فى يد الوديع بغير تعديه لم يضمن للمودع شيئا ، ولكن هذا المال إذا ظهر مستحقا للغير وضمنه الوديع للمستحق ، بحكم كونه فى يده عند هلاكه فإنه يرجع على المودِع بما ضمن ، لأنه غره فى عقد يعود نفعه إليه[٢] . ويختلف ذلك فى منصوص الفقهاء عما لو أعاره عارية هلكت فى يده دون تعديه ، ثم استحقت وضمنها المستعير للمستحق فإنه لا يرجع على المعير ، لأن المستعير ضمنها فى قبض يعود نفعه إليه[٣] .

٧٧ – ويدل ذلك على أن التنفيذ المعيب للعقد يوجب ضمان الضرر بشروطه ، مثله فى ذلك مثل الامتناع عن تنفيذ العقد . وقد تعرض الفقهاء لهذا النوع من الضمان بتفصيلات كثيرة فى تناولهم لأحكام هلاك المعقود عليه وتوابعه ، سواء كان ذلك عين مال أو منفعة أو حقا من الحقوق وسواء كان ذلك التلف كليا أو جزئيا بوجود العيوب التى تخل بمقصود العاقدين من التعاقد .

---

(١) المادة ٦٥٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٦٣ .

(٣) السابق .

ويتراوح التعويض الذى أثبتوه فى الأحوال السابقة الذكر وما يماثلها من الغبن والتدليس والاستحقاق بين الحكم بالخيار فى فسخ العقد للمتضرر وبين الحط عنه من العوض ما يماثل الضرر قصداً إلى رفعه وتحقيقا للعدل الذى هو أساس التعاقد فى الشريعة . وهذا هو الذى أجمله المؤلفون فى القواعد الفقهية برجعهم أسباب الضمان إلى العقد والتعدى[1] .

٧٨ – ومن جهة أخرى فإن القوانين العربية الحديثة المتجهة إلى الشريعة والفقه قد اختارت مصطلح (ضمان العقد) الفقهى للإشارة إلى مسئولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بامتناعهم عن تنفيذ تعهداتهم أو تنفيذها تنفيذا معيبا . وهذا هو ما جرى عليه القانون العراقى الصادر عام ١٩٥١ . وقد عم التعويض عن الخطأ العقدى البلاد الإسلامية حتى أصبح عرفا مستقرا فيها ، تقبله العقول ولا تجد فيه مخالفة لنص شرعى ، ولذا جاز اعتباره والعمل به[2] . ونص ما جاء به القانون العراقى فى هذا الخصوص ما يلى :

مادة ١٦٩ – (١ – إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالمحكمة هى التى تقدره . ٢ – ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد ، سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أى حق عينى آخر أو التزاما بعمل أو امتناعا عن عمل . ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر فى استيفائه ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به . ٣ – فإذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأً جسيما فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت) .

٧٩ – فتوى مجلس المجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى : ولعل شيئا من هذا أو كله كان فى ذهن أعضاء مجلس المجمع الفقهى فى حكمهم بتخويل

---

(١) الفروق للقرافى : ٢/٢٠٦ وما بعدها و ٤/٢٧ وما بعدها .

(٢) انظر قواعد إعمال العرف فى مجلة الأحكام العدلية مواد ٣٧ ، ٣٩ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٥ وانظر رسائل ابن نجيم ٢/١١٤ – ١٤٦ .

القاضى الحق فى تعديل الحقوق والالتزامات العقدية فى الظروف الطارئة أو فسخ العقد بالأعذار (مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق فى التنفيذ ، يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التى تلحقه من فسخ العقد ... تحقيقا للعدل الواجب بين طرفى العقد ، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين) وإذ يجيز المجلس الحكم بالتعويض عن الضرر الناشىء من فسخ العقد فى الظروف الطارئة التي تبرر هذا الامتناع كقيام حرب أو حدوث كارثة عامة فلا شك فى أن قيام هذا الحق فى الظروف العادية ينبغى أن يثبت بطريق الأولى . وهذا الحكم كما جاء فى فتوى المجمع الفقهى (أشبه بالفقه الشرعى الحكيم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها . والله ولى التوفيق)[1] . والأمر بعد بحاجة إلى دراسة مستقلة .

٨٠ – الرأى المختار : وأهم ما يفيده هذا النقاش أن الفقه الإسلامى قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلا من مفهوم المسئولية العقدية فى التفكير القانونى . ولعل سبب إنكار البعض له بهذا المفهوم راجع إلى الرغبة فى افتعال المخالفة بين الفقه والقانون ؛ إذ تصعب الإشارة إلى أى سبب آخر لهذا الإنكار . ولا شك فى أن الفقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد مصدرا للإلزام وانهم تناولوا أحكام الامتناع عن تنفيذ العقود وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ ، وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالا لأصول الشريعة وقواعدها القاضية برفع الضرر . ولا يسوغ لذلك إنكار جهودهم فى هذا الشأن . ولا تتقيد الأضرار المضمونة بالعقد إلا بالتزامها بالعقد ، كما جاء فى تعبير الكاسانى ، وبأن تكون أضرارا مادية . أما الأضرار الأدبية التى يندر تعويضها فى المسئولية العقدية قانونا لتعذر تقديرها وحسابها فيجوز التعزير عليها بشىء من الغرامات المالية شفاء لنفس المضرور وزجرا للناس عن التسبب فيها . وهو ما لا تأباه قواعد الشريعة فى جواز التعزير بالغرامات المالية .

ومن الناحية التاريخية فإن المسئولية العقدية أسبق فى الظهور من المسئولية التقصيرية التى لم تتبلور أحكامها ومفاهيمها فى النظم القانونية الوضعية إلا فى

---

(١) قرارات مجلس المجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى ، نشر ١٤٠٥ – ١٩٨٥ ص ١٠٣ وما بعدها .

أواخر العصور الوسطى وأوائل العصر الحديث ، على حين اعترفت هذه النظم بقوة الإلزام التى للعقود منذ بداية تطورها . ولا يخطىء الناظر إلى الفقه الإسلامى وقواعده العامة هذه القوة التى اعترف بها للعقد ، فالمسلمون على شروطهم ، وكل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب الضمان فى فاسده ، والتفاسخ فى العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه . وينطوى إنكار ضمان العقد فى الشريعة أو تقييده بضمان الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال إنكار ضمان العدوان أو تقييده هو الآخر باعتبار أن الخطأ فيهما له معنى واحد ، وهو السلوك مسلكا مخالفا للشارع على وجه أضر بالغير ، سواء ناقض هذا السلوك ما أمر به الشارع من وجوب الوفاء بالعقود والالتزام بشروطه ، أو ناقض ما أمر به الشارع من عدم الإضرار بالغير وإن لم يوجد عقد .

المطلب الثانى : مفهوم ضمان العدوان

٨١ – أما ضمان العدوان فيعنى : شغل الذمة بحق مالى للغير جبرا للضرر الناشىء عن التعدى بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه ، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود . ويتضح هذا التعريف بملاحظة المعانى التالية :

– يشمل الحق المالى واجب التعويض برد العين المملوكة للغير كما فى الغصب أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعدى كما فى التشكليف بطم البئر التى حفرها شخص تعديا فى ملك غيره . كما يشمل كذلك وجوب رد المثل والقيم والتعويض بأداء قدر من المال للمتضرر كما فى الجروح والشجاج وغيرهما من الإصابات .

– القصد من شغل الذمة بهذا الواجب أو الحق هو رفع الضرر الناشىء عن التعدى . وهو يختلف بذلك عن المقصود من العقوبة ، حسبما سلفت الإشارة إليه فى التفريق بين الضمان والعقوبة .

– الإضافة فى (ضمان العدوان) من إضافة المصدر لفاعله وسببه ، فإنما شغلت الذمة بالضمان نتيجة التعدى بارتكاب فعل محرم شرعا فى أصله أو بالنظر إلى مآله أو بترك واجب التبصر والتحوط ، إعمالا لقاعدة من ترك واجبا فى الحفظ والصون ضمن .

– أفعال العدوان الموجبة للضمان كثيرة متنوعة ، تشمل الغصب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب . ويشمل التعدى بالتسبب صورا كثيرة يصعب حصرها ، من بينها على سبيل المثال الكف أو الترك والغرور وشهادة الزور والسعاية والترويع أو التفزيع (الصدمة العصبية فى الاصطلاح القانونى) والتعسف فى استعمال الحقوق والمباحات والإهمال فى حفظ الحيوانات ورعاية من تجب رعايته .

– يختلف العدوان الموجب لهذا النوع من الضمان عنه فى ضمان العقد من جهة أن الخطأ فى ضمان العدوان هو السلوك مسلكا مخالفا لما أمر به الشارع وأوجبه على الكافة . أما الخطأ فى ضمان العقد فينشأ بمخالفة ما أوجبه الشخص على نفسه باعتباره طرفا فى علاقة تعاقدية .

– يتعلق الضرر المنفى فى ضمان العقد بالحقوق الشخصية التى تنشأ لفرد على غيره بدخوله معه فى علاقة تعاقدية على حين يتعلق الضرر المنفى فى ضمان العدوان بالحقوق العامة التى تجب للفرد على الكافة ، كحقه فى سلامة نفسه وممتلكاته . والحقوق الشخصية Righto in Personam هى التى تتعلق بذمة شخص معين عند قيام سببها ، أما الحقوق الأخرى التى تقوم بنفسها ولا تجب فى ذمة أحد فقد أوضحها صدر الشريعة فيما يتعلق بحقوق الله تعالى بقوله : (وحق قائم بنفسه لا يجب فى ذمة أحد كخمس الغنائم والمعادن ، فالخمس فيهما مفروض على عين الغنائم والمعادن قبل الاستيلاء أو الكشف دون نظر إلى شخص الغانم أو الواجد للمعدن)[1] . ويصدق هذا المعنى على حقوق العباد أيضا ، كحق الفرد فى حفظ نفسه وممتلكاته ، وكحقه فى صون سمعته وعرضه عند الشافعية

---

(١) التوضيح : ٢/٧٣٦ .

ومن تابعهم خلافا للأحناف الذين يلحقونه بالحقوق العامة[1] . والاصطلاح القانونى لهذه الحقوق القائمة بنفسها التى لا تتعلق بالذمة هو الحقوق العينية Rights in rem ويقترب ذلك من المصطلح الفقهى (عين) فى مقابلة (الدين) الذي يتعلق بذمة شخص معين .

٨١ – والعدوان الموجب للضمان فى الشريعة هو الفعل الضار الذى لا تجيزه الشريعة ولا تأذن فيه . ويستند هذا التعريف إلى مفهوم القاعدة الفقهية : الجواز الشرعى ينافى الضمان[2] . ولذا لو حفر إنسان بئرا فى ملكه فسقط فيه حيوان لغيره أو إنسان لم يجب على الحافر ضمان ، لأنه مأذون فى هذا الحفر شرعا . وكذلك لو حفر بئرا فى ملكه فنضب به ماء بئر جاره لم يضمن ، لأنه مأذون فى الانتفاع بملكه . ويلتحق به إذن المالك غيره بالتصرف فى ملكه ، كأن يأمره بذبح شاته لم يكن للآمر المطالبة بالضمان ، لاستناد الذبح إلى إذن مَن له حق الإذن شرعا وهو المالك . أما لو أذن له بذبح شاة غيره فذبحها كان متعديا ، ووجب الضمان ، لفساد الإذن من جهة أنه لا حق للآذن فيه .

وقد يعرف العدوان بأنه السلوك مسلكا مخالفا لما ألزم به الشارع ، سواء بترك الواجب أو بفعل المحرم . وينتفى الضمان لذلك إذ صدر الفعل على وفاق الواجب شرعا ؛ فالقاعدة أن (الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به ، فلو سرى قطع القاضى إلى النفس ، وكذا إذا مات المعزر ، وكذا إذا سرى الفصد إلى النفس ولم يجاوز المعتاد ، فلا ضمان لوجوبه بالعقد .. وضمن لو عزر زوجته فماتت ، ومنه المرور فى الطريق العام مقيد بها . ومنه ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصى تأديبا لكونه مباحا . ومحله فى الضرب المعتاد . أما غيره فموجب للضمان فى الكل)[3] . وإنما يجب الضمان بترك الواجب أو بفعل الحرام ، فمن الضمان بترك الواجب تضمين الممتنع عن تقديم الطعام للمضطر

---

(١) راجع الخلاف بين الفريقين فى النظر إلى جريمة القذف .
(٢) المادة ٩١ من مجلة الأحكام العدلية .
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٣ .

حتى مات[1] ، لمخالفته ما وجب عيه من تقديم الطعام للمضطر . ومنه أن على الناقل الضمان فيما لو دخل الماء إلى سفينة وأفسد أمتعةالركاب ، إن كان دخول الماء بسبب يمكن التحرز عنه بإصلاح السفينة وحفظها ، لأنه هو الواجب عليه وقد تعدى بتركه . ولو ارتفع الموج وكانت عادة الملاحين فى مثل هذا الحال أن يشدوها فسيرها الملاح وغرقت بارتفاع الموج ضمن الملاح ما يغرق من أمتعة الركاب وما يلحقهم من ضرر ، لأنه خالف الواجب[2] . وفى جامع الفصولين أن الأم تضمن إذا خرجت (وتركت الصبى فوقع فى النار ..وفى امرأة تصرع أحيانا فيحتاج إلى حفظها لئلا تقع فى ماء أو نار ، وهى فى منزل الزوج فعليه حفظها . فإن لم يحفظها حتى ألقت نفسها فى نار عند الصرع فعلى الزوج ضمانها . وكذلك الصغيرة التى تحتاج إلى الحفظ وهى مسلَّمةٌ إلى الزوج إن لم يحفظها وضيعها ضمن)[3] . ومن فروع التعدى بترك الواجب ما جاء فى المادة ١٧١ من مشروع القانون المدنى المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونصها : (يعتبر فعلا ضارا يستوجب المسئولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لغيره من خطر يداهمه فى النفس أو العرض أو المال ، إذا كان فى مقدوره أن يبذل هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر) .

٨٢ – وكما يكون التعدى بترك الواجب فإنه ينشأ بارتكاب فعل محرم فى أصله ، كأن يوقف دابته فى الطريق العام أو يغصب مال غيره أو يتلفه بالمباشرة أو التسبب . ومن التعدى كذلك فعل محرم فى وصفه لا فى أصله ، كأن يكون الفعل مباحا وصار إلى الحرمة لمّا صحبه قصد الإضرار إلى الغير أو الإهمال وعدم التبصر . ولذا يجب الضمان لو (سجّر تنوره نار فألقى فيه من الحطب ما لا يحتمله التنور ، فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فاحترق) . ولو (وثب من الحائط فى الطريق فنفرت الدابة وألقت جرة .. عليها .. وكذا لو صاح على دابة فنفرت وألقت حملها وهلك ، قال بهاء االدين الاسبيجابى يضمن الواثب

---

(١) المبدع شرح المقنع : ٣٣٩/٨ ، ٣٤٠ .

(٢) مجمع الضمانات : ٤٩ .

(٣) جامع الفصولية : ١١٤/٢ .

والصائح قيمة الهالك »[1] ، وذلك لأن الوثب والصياح وإلقاء ما لا يحتمله التنور من قبيل العدوان المحرم لما صحب هذه الأفعال من إهمال وغفلة عما قد تسببه من أضرار ، مع أن هذه الأفعال فى أصلها من المباحات .

٨٣ - والأصل أن المرء مسئول عن فعل نفسه بحكم مبدأ شخصية المسئولية الذى أرسته الشريعة ونصوصها على نحو واضح . من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره . ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره ﴾[2] وبقوله تعالى : ﴿ ألا تزرُ وازرة وزر أخرى ﴾[3] وبقوله : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾[4] . ومع ذلك فقد أقامت الشريعة مبدأ مسئولية المرء عمن هم تحت رعايته ورقابته بقوله ﷺ : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، والأمير راع ، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجهاوولده ،فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته »[5] . وقد استنبط الفقهاء من ذلك مسئولية الولى والزوج عمن هم تحت رعايته إذا قصر فى واجب الحفظ والرعاية ، كالزوجة القاصر والمريضة بالصرع والصبى غير المميز فى الأمثلة السابق ذكرها . ويقتضى قياس مسئولية الولى والزوج عن الأضرار التى تصيب من هم بحاجة إلى رعايتهما بأفعالهم أن يكونا مسئولين عن الأضرار التي تصيب غيرهم بأفعالهم أيضا . غير أن الفقهاء قد خالفوا هذا القياس وأخذوا بالأصل العام القاضى بشخصية المسئولية وأوجبوا ضمان فعل القاصر الضارّ بغيره فى ماله هو لا فى مال وليه ، رغم أن القاصر نفسه فى ضمان وليه لو قصر فى حفظه . ولعل الذى ألجأهم إلى إلقاء الضمان على القاصر فيما تسبب فيه من إضرار بغيره هو كون الضمان عندهم من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، بمعنى أن الشارع جعل الفعل الضار غير المأذون فيه سببا لوجوب الضمان دون نظر إلى إدراك فاعله . أما التكليف

---

(١) مجمع الضمانات : ١٤٨ .
(٢) الزلزلة : ٧ ، ٨ .
(٣) النجم : ٣٨ .
(٤) الإسراء : ١٥ .
(٥) مسند أحمد ٥/٢ ، ٥٤ ، ١١١ ، ١٢١ ، والبخارى كتاب النكاح وفتح البارى ٢٩٩/٩ ط. لاهور ١٩٨١ .

بالأداء فإنما يخاطب به الولى دون الصبى إذا كان له مال وإلا بقيت ذمة الصبى مشغولة به إلى حين يساره . ويؤدى ذلك إلى تعذر حصول المضرور على حقه فى التعويض عما لحقة من ضرر . ولذلك ذهب أحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه إلى أنه إذا وجب على الصبى شيء ولم يكن له مال حمله عنه أبوه[1] ، إلحاقا لحاجته فى أداء ما وجب عليه من ضمان بحاجته إلى النفقة الواجبة على الأب إذا كان الصبى معسرا . ويتفق ما أخذ القانون المدنى المصرى والعراقى مع هذه الرواية المرجوحة فى المذهب الحنبلى[2] .

ومن جهة أخرى فإن الحديث لا يعارض مبدأ شخصية المسئولية ، وإنما يفرض على الوالد والأم عند غيابه واجب الرعاية ، بحيث إذا قصر أحدهما فى أداء هذا الواجب ونشأ الضرر بهذا التقصير كان ضامنا ما تسبب فيه بإهماله . وإلقاء الضمان على الولى إنما هو لتعديه بالتسبب فى الضرر بهذا الاعتبار .

٨٤ - وقد اعترف الفقه الإسلامى بالمسئولية عن فعل الغير على نحو أكثر وضوحا فى إلقاء ضمان ما يتلفه تلميذ الصنعة على أستاذه . ففى مجمع الضمانات أن (تلميذ الأجير المشترك إذا وقع من يده سراج فاحترق ثوب من ثياب القصارة فالضمان على الأستاذ .. ولو حمل شيئا فى بيت القصارة بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق إن كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ .. وكذا لو انفلتت المدقة من أجير القصار أو تلميذه فوقعت على ثوب من ثياب القصارة فلا ضمان على التلميذ وإنما الضمان على الأستاذ . وأن لم يكن من ثياب القصارة كان الضمان على التلميذ . ولو دفع المدقة على موضعها ثم وقعت بعد ذلك على شيء آخر فالضمان على الأستاذ لا على التلميذ . ولو أصابت المدقة

---

(١) المادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى والمادة ٢٩١ من القانون العراقى التى تنص على ما يأتى :(أ-إذا أتلف صبى مميز أو غير مميز أو من فى حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله . ب- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيا غير مميز أو مجنونا جاز للمحكمة أن تلزم الولى أو القيّم أو الوصى بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر . جـ- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى فى ذلك مركز الخصوم .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية : ٥٣٣/٢٠ ، ١٥٧/٣٤ ، ١٥٩ .

إنسانا كان الضمان على التلميذ)[1] . وطبقا لهذا فإن العبرة فى مسئولية الأجير المشترك عن العمل الضار لتلميذه أن يكون هذا العمل مما هو مأذون له فيه بحكم وظيفته . أما ما يفعله التلميذ أو التابع للأجير المشترك خارجا عن حدود وظيفته ومأذونية الأستاذ له فضمانه على التلميذ لأن الأستاذ لم يأذن له فى هذا العمل . ولا يستقيم تفسير إلقاء الضمان على الأستاذ إلا باعتباره مسئولا عما قصر فيه التلميذ مسئولية مطلقة . يوضحه ما قالوه فى(السمسار الذى يدفع إليه التجار أمتعة ليبيعها إذا كان له أمين فى قبض أثمانها فخان وعلم السمسار خيانته ، ومع هذا جعله أمينا فى قبض الأثمان ، فمات (أى الأمين) ولم يترك شيئا وعليه بقايا تلك الأثمان يضمن السمسار قياسا على ما إذا ترك الزوج الودائع عند زوجته وغاب وكانت خائنة غير أمينة فرجع وقد هلكت الودائع يجب عليه الضمان)[2] . وسنعود إلى بحث ذلك بالتفصيل فى مناسبته من هذا البحث .

٨٥ - وقد ناقش الفقهاء كذلك مسئولية المرء عن حيواناته باعتبار أن عليه واجب حفظها وتقييد استخدامها بما لا يضر بالغير من جهة أن المباح مقيد بوصف السلامة . أما الحيوانات التى لا حافظ لها ، بأن كانت غير مملوكة لأحد أو التى لم يوجب الشارع على أحد تقييدها فلا يضمن حافظها أحد ما تسببه من ضرر بفعلها . وهذا هو الذى ينصرف إليه قوله ﷺ : العجماء جرحها جبار . ولا ضمان فى الأضرار الناشئة عن فعل ما لم يوجب الشارع على أربابه تقييده كالنحل والحمام ، إلا إذا أضر بالغير ضررا لا يمكن توقيه فيمنع أربابه من اتخاذه . أما الحيوانات والطيور التى يمكن توقى أضرارها بحفظها فقد أوجب الشارع حفظها على أربابها . ويرتفع هذا الواجب إلى حدود المسئولية المطلقة عند بعض الفقهاء بالنسبة إلى تلك الحيوانات العادية أو الخطرة ، بحيث يجب ضمان ما ينشأ من ضرر بفعلها . وهو ما نصوا عليه فى مسألة الكلب العقور . أما بالنسبة للحيوانات غير العادية فإن أربابها مكلفون باتباع المعتاد فى حفظها لمنع إضرارها

---

(١) مجمع الضمانات : ٤٣ .
(٢) السابق : ٥٢ .

بغيرهم ، بحيث يجب ضمان أى ضرر ينشأ من تقصيرهم فى القيام بهذا الواجب[(١)] .

ومع اتفاق الفقهاء على هذا الأساس فإنهم قد اختلفوا فى تطبيقه فى الكثير من التفصيلات والفروع رعاية لمقتضيات الظروف والأعراف .

٨٦ - وكذلك فإن مالك البناء مسئول عن الأضرار التى تنشأ بتقصيره ، إذا كان سببه مما يمكن التحرز عنه ، ولم يبذل من العناية ما يمنع هذا الضرر . وإنما اشترط الفقهاء الإعذار إلى المالك والتقدم إليه والإشهاد على ذلك فى بعض الظروف لإثبات الخطأ أو التقصير فى اتخاذ ما يلزم لمنع الضرر . وفى ذلك يذكر الزيلعى أن الإشهاد على الحائط المائل ليس شرطا لقيام الضمان ، وإنما هو شرط لإثبات سببه[(٢)] .

ويتقيد كذلك استخدام الآلات والمعدات بوصف سلامة الغير من الأضرار التى يمكن التحرز عنها . ومقتضاه أن على الحائز لهذه الآلات والمعدات أن يبذل من العناية ما يلزم لمنع الإضرار بالغير ، فإن سلك مسلكا مخالفا لهذا الواجب ضمن الضرر الناشىء عنه .

٨٧ - وإذا كان العدوان فى الأحوال السابقة جميعها هو السلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه الشارع على نحو ألحق الضرر بالغير فإن العدوان ينتفى بأسباب متعددة ناقشها الفقهاء بالتفصيل وضبطوا أحكامها . وأهم دوافع الضمان التى ذكروها هى :

---

(١) انظر فى ذلك : المبسوط : ٨٨١/٢٦ ، وجامع الفصولين : ١١٨/٢ ، ورمز الحقائق : ٢٥١/٢ ، ومجمع الضمانات ١٨٥ وما بعدها ، والبدائع : ٢٧٣/٧ وحاشية العمل : ٨٠/٥ ، ونيل الاوطار : ٢٧٦/٥ ، ومجلة الأحكام العدلية م ٩٢٩ ، ومجلة الأحكام الشرعية مادة ١٤٤٧ وما بعدها ، والمادة ٢٢٤ من القانون العراق التى جاء فى فقرتها الثانية : (أما الضرر الذى يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه (أى الحارس) إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه) .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى : ٢٥٨/٥ ، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٨٢٨/٥ .

(أ) عدم إمكان التحرز ، فالقاعدة الفقهية أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه .

(ب) انقطاع نسبة الضرر إلى الفعل بتوسط سبب آخر ، كما لو أشعل النار فى تنوره فحملتها الريح إلى دار جاره ، إذا كان الإشعال على الوجه المعتاد . ومنه كذلك المثال المشهور الذى يتردد فى كتب الفقه ، وهو أن يحفر بئرا فى الطريق العام فيلقى فيه شخص آخر متاعا للغير فإن الضمان على الملقى لا على الحافر لانقطاع نسبة الضرر إلى فعله .

(جـ) الدفاع الشرعى عن النفس أو العرض أو المال الملقب فى اصطلاح الفقهاء بدفع الصائل .

(د) الضرورة فى المذهب المالكي ؛ فمن اضطر إلى طعام غيره لحفظ نفسه وجب عليه تناوله ، ولا يجب عليه ضمان ، لمنافاة الإذن للضمان . والقاعدة فى المذاهب الأخرى أن (الاضطرار لا يبطل حق الغير) . ولذا يجب الضمان على المضطر رعاية لحقة وحق رب المال معا .

(هـ) الرضا فى إتلاف الأموال دون الأنفس . وقد عبر صاحب مجمع الضمانات عن ذلك بقوله : الإذن فى إتلاف المال والأطراف يدفع الضمان ، وفى النفس لا[1] .

(و) الإكراه بتفصيل يأتى فى محله .

(ز) تقادم الزمان ومرور الوقت الذى يراه الحاكم مانعا من سماع الدعوى ، بناء على ما يراه محققا للمصلحة . وقد نقل ابن فرحون آراء متنوعة فى تحديد مدة تقادم الضرر بالسنين من عشر سنين إلى ثلاثين سنة[2] . ومع أن الضرر لا يكون قديما ، طبقا لمنصوص القاعدة الفقهية ، فإن مرور مدة التقادم يدل على رضا المضرور بالضرر ، ولذا ينتفى حقه فى المطالبة .

---

(١) مجمع الضمانات : ١٦٠ .

(٢) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك : ٣٤٦/٢ ، ٣٦١ .

(٣) المادة ٧ من مجلة الأحكام العدلية .

المطلب الثالث : بين ضماني العقد والعدوان

٨٨ – إذا اتضح مفهوم ضماني العقد والعدوان على النحو السابق بيانه تيسرت لنا الإحاطة بخصائص كل منهما التي تفرقه عن الآخر رغم اشتراكهما في الكثير من هذه الخصائص . وأهم ما يشتركان فيه أن الواجب بهما هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر ، وأن سببهما هو السلوك مسلكا مخالفا للقواعد الشرعية الرامية إلى دفع الضرر ، وأن التعدي فيهما أو الخطأ متعلق بمصالح العباد أو الأفراد ، وأن الضرر المضمون في كل منهما يشمل أعيان الأموال ومنافعها والبدن الإنساني ومنافعه وسائر الحقوق المالية الأخرى . ويشتركان كذلك في أن مفهوم السببية فيهما واحد حتى لا يسأل المرء إلا عن النتائج الطبيعية لفعله . وقد أدى الاشتراك في هذه الخصائص الأساسية إلى أخذ عدد كبير من القانونيين بوحدة المسئولية فيهما وتقدير عدم الاختلاف بينهما . ولا يرى اصحاب هذا الاتجاه ضرورة للتفريق بينهما ، لضآلة الفوائد العملية المترتبة على هذا التفريق ، حسبما يلاحظ الأستاذان Dias و Markesinis مؤلفا كتاب Tort law .

٨٩ – وتقوم وجهة النظر الأخرى على التفريق بين المسئولية العقدية والتقصيرية على أساس اختلاف مفهوم الخطأ في كل منهما ، إذ الخطأ في المسئولية التقصيرية هو السلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه القانون ، على حين يكتسب الخطأ صفته هذه في المسئولية العقدية بالسلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه الطرفان على نفسيهما ورضيا به . ويشير السيوطي إلى الفرق بين ضمان العقد والعدوان على هذا الاساس نفسه ، فالمضمون بالعقد على حد تعبيره هو (ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله)[٣] .

ويلفت الأستاذان Markesinis و Dias النظر إلى أن عنصر الرضا لا يصلح وحده للتفريق بين هاتين المسئوليتين ، لأن الرضا لا يكفي لإنشاء العقد ، كما

---

(١) المادة ٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٣٦٢ .

أن الرضا قد يعد شرطا لإنشاء المسئولية التقصيرية هى الأخرى ، فحائز البناء إذا أذن لزائره بالدخول وجب عليه التحوط والعناية بهذا الزائر ويضمن له الضرر الناشىء عن تقصيره . ومسئوليته هنا تقصيرية مع أنه تحملها برضاه . ومن ناحية أخرى فإن للرضا دورا فى المسئولية التقصيرية حيث يعد مانعا منها أحيانا ومؤثرا فى مقدار التعويض الواجب فى أحيان أخرى . وينتهى هذان الأستاذان لذلك إلى أن التفريق على أساس الرضا بالالتزام لا يتسم بالدقة النظرية أو العملية[1] . وفى رأيهما أن هناك وجها آخر للتفريق أدق من سابقه ، هو أن المضمون بالعقد كالثمن والمقدار وما إلى ذلك يحدده العقد على حين أن المضمون فى النوع الآخر من المسئولية محدد سلفا بالقانون . وهذا التفريق هو ما أشار إليه السيوطى فى عبارته السابقة الذكر . غير أنهما يلاحظان كذلك أن هذا التفريق ليس حقيقيا من كل وجه ؛ فإن المضمون فى المسئولية التقصيرية قد يرتفع أو يتعدل بالاتفاق ، كما أن القوانين كثيرا ماتتجه إلى تحديد المضمون بالعقود حرصا على المصالح العامة للمجتمع ونظامه . وبذلك لا يعدو هذا التفريق أن يكون تفريقا تقريبيا .

٩٠ – ومن الوجهة الفقهية فإن السيوطى قد سعى إلى إقامة التفريق بين كل من ضمان العقد والتعدى على أساس أن المضمون بالعقد هو ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدلة وأن ضمان التعدى مرده المثل أو القيمة المحددان شرعا[2] . ومع ذلك فإنما يرد على هذا التفريق أن المضمون بالعقد محدد شرعا كذلك بالمثل أو القيمة ، فهذا هو معيار الواجب فى التعويض عن الأضرار المالية فى ضمان العقد والعدوان معا . أما الواجب فى الإصابات والجروح فإن الواجب هو الدية أو الأرش مقدرا كان أو غير مقدر ، سواء نشأ الضمان بمخالفة العقد أو بمخالفة الشرع .

٩١ – ويذكر ونفيلد Winfield تفريقا آخر بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية يتمثل فى أن الحقوق التى تحميها المسئولية العقدية حقوق شخصية Rights

---

(١) Tort Law by R. W. M Dias & B. S. Markesinis, P.6 .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٦٢ .

in personum تتعلق بذمة المتعاقدين ، ويلتزم بها كل منهما تجاه الآخر . أما الحقوق التى تحميها المسئولية التقصيرية فهى حقوق عينية Rights in rem قائمة بأعيانها ولا تتعلق بذمة أحد ، ويلتزم بها كل امرىء تجاه كافة الناس . ويسوغ تلمس هذا التفريق بين ضمانى العقد والعدوان فى الفقه الإسلامى ، لتفريقه بين هذين النوعين من الحقوق فيما أومأ إليه صدر الشريعة بعبارته التى سلفت الإشارة إليها ، وفى مقابلة هذا الفقه بين كل من الأعيان والديون التى تتعلق بالذمة .

ومع ذلك يلاحظ دياس وماركسينس على هذا التفريق رغم صحته من الناحية النظرية قبل قيام المسئولية أنه لا يستقيم بعد وقوع سببها ، من جهة أن واجب التعويض يثبت فى ذمة المتعدى لحقّ المتضرر ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية[1] .

٩٢ – ويشير البعض إلى التفريق بين هاتين المسئوليتين على أساس النظر إلى الأهداف والمصالح المتعلقة بكل منهما . ذلك أن المسئولية التقصيرية تهدف على نحو مباشر إلى دفع الضرر الذى قد يصيب المال أو البدن على حين تهدف المسئولية العقدية إلى تحقيق المصالح وكسب المنافع . وبعبارة أخرى فإن الخطأ التقصيرى يجعل وضع المتضرر أسوأ مما كان عليه قبل وقوعه ، ويهدف التعويض حينئذ إلى إعادة هذا الوضع إلى ما كان عليه . أما الخطأ العقدى فقد اكتسب هذا الوصف لأنه لم يجعل وضع المتضرر أفضل مما كان عليه ، ويهدف التعويض إلى تحسين هذا الوضع والإضافة إليه . ولذا كان التعويض فى المسئولية العقدية أكثر إغراء من مقابله فى المسئولية التقصيرية .

ولا يجد المتلمس لهذا الفارق بين ضمانى العقد والعدوان فى الفقه الإسلامى صعوبة فى اقتفاء أثره ، من جهة أن العقد فى النظم القانونية بعامة سبب لاكتساب المنافع وإضافة المصالح وأن الامتناع عن الوفاء به يؤدى إلى بقاء الطرف الآخر فى موقعه لم يكسب جديداً على حين أن الخطأ فى ضمان العدوان يؤدى إلى خسارة المتضرر ما كان فى يده ويؤخره عما كان عليه . ولذا يهدف التعويض فى ضمان العدوان

---

(١) Tort Law Dias and Markesinis P. 8 ..

إلى الرجوع به إلى ما كان عليه . أما التعويض فى ضمان العقد فيهدف إلى تحسين وضعه السابق وتحقيق بعض ما كان يؤمله لنفسه من الوفاء بالعقد .

ومع ذلك يوجه دياس وماركسنيس النقد إلى هذا التفريق من جهة أن ضمان العقد قد يقوم هو الآخر بدور الحامى للوضع القائم ورد المفاسد والأضرار ، إذ يهدف الحكم بضمان طبيب الأسنان الذى يخطىء بنزع السن الصحيحة بدل المريضة المأذون له فى إخراجها إلى المحافظة على مصلحة المريض ونفى الضرر عنه[1] .

٩٣ - ومن ثم ينتهى هذان الكاتبان إلى ضعف الفوارق التى تميز كلا من هاتين المسئوليتين عن الأخرى فى النظم القانونية عامة ، بدليل اتجاهها إلى تخيير المدعي بين المسئوليتين[2] ، وخاصة فى تلك الالتزامات التى تفرضها العلاقة التعاقدية وأحكام القانون معا ؛ فأمين النقل إذا سرق البضاعة المنقولة يعد مخالفا لما يوجبه العقد والقانون على السواء . ولرب هذه البضاعة أن يختار بين رفع دعوى بالمسئولية العقدية أو بالمسئولية التقصيرية . ويصدق ذلك على جاحد الوديعة والدال عليها من يأخذها ظلما وتارك حفظها فى الفقه الإسلامى ، حيث يعد غاصبًا ومخالفًا لما يوجبه العقد . وكذلك المستأجر والمضارب والشريك إذا خالفوا الإذن كان ذلك تصرفا منهم فى مال الغير بدون إذنه ، مما هو محرم بالعقد والشرع معا ، ويضمنون ضمان الغاصبين .

ويتبنى القضاء فى بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والقضاء الألمانى والبلجيكى والقضاء اللاتينى نظرية الخيرة Option بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية إذا قام سبب كل منهما . ويعرف ذلك فى القانون الانجليزى بمبدأ Choice of remedy . وقد صدرت فى مصر أحكام كثيرة تنزع إلى جواز الخيرة . من ذلك الحكم الصادر عام ١٨٩١ بأن اشتراط المؤجر الإعفاء من المسئولية عما يصيب المستأجر من ضرر نتيجة الإهمال فى صيانة المأجور لا يمنع من قيام

---

(١) المصدر نفسه ص ٨ .

(٢) المصدر نفسه ص ٩ .

المسئولية التقصيرية . كذلك قضت محكمة الاستئناف أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها عند ضياع البضائع المنقولة فى مبلغ معين من المال فإن هذا الشرط لا يمنع من قيام المسئولية التقصيرية[1] .

ومع ذلك ينازع الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى مبدأ الخيرة بين المسئوليتين باعتبار أنه إذا قام العقد ونشأت المسئولية العقدية لم يجز العدول عنها إلى تأسيس الدعوى على أحكام المسئولية التقصيرية ، إعمالا لاتفاق المتعاقدين وإرادتهم . ولذلك فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عقود النقل فى العادة كاف لدفع المسئولية العقدية . ولا يصح للمتضرر أن يؤسس دعواه على أحكام المسئولية التقصيرية لأنه يكون مخالفا لما أراده ورضى به[2] .

٩٤ — ولا أجد مانعًا فى الفقه الإسلامى من توارد ضمانى العقد والعدوان فى محل واحد ، بل هو الأقرب إلى القواعد والأصول . يدل على ذلك القاعدة الفقهية التي يشير فيها ابن رجب إلى إمكان اجتماع ضمان العقد وضمان اليد المعتدية فى محل واحد ، سواء كان منقولاً أو غير منقول . وذلك كضمان المودَع بجحد الوديعة[3] . ويظهر الاعتراف بحق المدعي فى التخير بين المسئوليتين فيما أورده صاحب مجمع الضمانات بقوله : (لو أردف المستأجر خلفه آخر بغير ذكره فى العقد فعطبت الدابة فعليه نصف قيمتها ولو أردف اثنين ضمن ثلثى قيمتها ... وهذا الحكم إن كانت الدابة تطيق حمل الرديف ، وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ، ثم المالك بالخيار إن شاء ضمَّن المستأجر ولا يرجع على الرديف ، وإن شاء ضمنَّ الرديف ورجع على المستأجر)[4] . ويستند اختيار تضمين الرديف إلى ضمان التعدى ، بحكم تصرفه فى مال غيره بدون إذنه ، وكونه غاصبا بذلك على حين يستند اختيار تضمين المستأجر إلى ضمان العقد .

ويبدو مع ذلك أن تخيير المدعى بين ضمانى العدوان والعقد مقيد بألا يكون المدعى عليه قد خالف أحكام العقد من كل وجه ، بحكم أن

---

(١) الوسيط للسنهورى : ٧٦٠/١ .
(٢) الوسيط : ٧٦٢/١ .
(٣) القواعد الفقهية لابن رجب ص ٢٢١ .
(٤) مجمع الضمانات ص ١٥ .

هذه المخالفة الكاملة تنهى العقد ، ولا يجب فى هذه الحالة إلا ضمان العدوان .
وتطبيق ذلك على المثال الأخير أنه إن كانت الدابة لا تطيق حمل الرديف اعتبر ذلك مخالفة كاملة ووجب ضمان القيمة كلها ضمان عدوان . أما إن كانت المخالفة جزئية ، بحيث استند التلف إلى فعلين أحدهما مأذون فيه بالعقد والآخر غير مأذون فيه فإن نسبة من القيمة هى التى تجب فى مقابلة نسبة التعدى . ولذا يجب نصف القيمة إن أردف واحداً وثلثا القيمة أن أردف اثنين . ويوضح صاحب مجمع الضمانات هذا بقوله : (استأجر ثورًا ليطحن عليه عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر مختومًا وتلف أو استأجره ليكرب عليه جريبا فكرب جريبا ونصفا فهلك ضمن كل قيمته ، إذ الطحن يكون شيئا فشيئا ، فلما طحن عشرة انتهى العقد فهو فى طحن الحادى عشر مخالف من كل وجه فيضمن كلها)[1] .

٩٥ – والخلاصة فى التفريق بين ضمان العدوان وضمان العقد أن الأخير لا ينشأ إلا إذا وجدت علاقة تعاقدية بين طرفين يتمتعان بأهلية التعاقد ، ويمتنع أحدهما عن التنفيذ الكامل للعقد على النحو الذى التزم به دون عذر يبرر هذا الامتناع . ولا ينشأ هذا النوع من الضمان لذلك بفعل الصبى والمجنون والمعتوه ومن فى حكمهم ممن عدموا أهليه التعاقد وتتقيد الأضرار المعوض عنها فى العقد بالأضرار المباشرة المتوقعة للطرفين عند التعاقد ، لأنها هى الأضرار الملتزمة فى العقد بتعبير الكاسانى[2] . وإذا استند الضرر إلى فعل مأذون فيه عقدا وآخر محرم شرعا فإن واجب التعويض يتوزع عليهما بنسبة ما تسبب فيه كل منهما من ضرر . أما إذا استقل الفعل المحرم شرعا بإنتاج الضرر وانتسب إليه فإن التعويض يجب كاملا ، ويعد ذلك من ضمان العدوان رغم وجود العلاقة التعاقدية . ويخيل إلىَّ لذلك أن تطبيق مبدأ الخيرة بين الضمانين فى حكم النادر القليل من وجهة النظر الفقهية . وإنما ينشأ ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى على الرغم من وجود العقد لسببين :

أولهما : إذا كانت المخالفة لشروط العقد كاملة وانتسب الضرر إليها .

---

(١) مجمع الضمانات : ٢٠ .
(٢) بدائع الصنائع ض ٤/٢٠٦ .

والثانى : إذا كان الضرر غير داخل فيما اتفق عليه أطراف العقد . يقول الكاسانى : (لو حمل المكارى بنى آدم ، فما عطب من سوقه وقوده لا يضمنه من جهة الإجارة ، ولا يشبه هذا المتاع ، لأن ضمان بنى آدم ضمان جناية ، وضمان الجناية لا يجب بالعقد)[1] . وتدل هذه المسألة على أن مايضمنه الأجير المشترك من الأمتعة مضمون عليه بالعقد ، لأن وجوب الضمان فيه بالخلاف ، أما إذا كان المضمون عليه إنسانا فإنه يكون من ضمان العدوان لوجوبه عليه بالإتلاف لا بالخلاف .

المبحث الثالث : مشروعية ضمان العدوان وأسسه العامة

٩٦ – تقديم : يتناول هذا المبحث الأمور التالية :

١ – أدلة مشروعية ضمان العدوان .

٢ – حكمة مشروعيته ومقاصد الشريعة من شرعه .

٣ – أسسه العامة فى الشريعة من جهة رفع الضرر ومسئولية كل فرد عن عمله والتكافل فى تحمل الضرر فى الظروف التى تقتضيه وتخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة وواجب التحرز عن الضرر .

الفرع الأول : أدلة مشروعية (ضمان العدوان)

٩٧ – ثبتت مشروعية الضمان عموما بأدلة تفيد اليقين لتواردها على إيجابه وتواترها تواترا معنويا . من ذلك الآيات القرآنية الكريمة المتعلقة بإرساء مبدأ المسئولية الشخصية ، كما فى قوله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾[2] وقوله : ﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾[3] وقوله : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم

(١) السابق ٢١٢/٤ .

(٢) المدثر : ٣٨ .

(٣) البقرة : ٢٨٦ .

فيه تختلفون ﴾[1] وقوله : ﴿ من يعمل سوءا يجز به ﴾[2] وقوله : ﴿ من عمل صالحا فلنفسه ومن أساء فعليها ﴾[3] وقوله : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾[4] . ولا يخفى وجه الدلالة على مشروعية الضمان ، من حيث إنه نوع جزاء على تعدى المرء واكتسابه .

وترسى آيات أخرى مبدأ التناسب بين المجازاة والضرر ، كقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾[5] وكقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾[6] وكقوله : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ﴾[7] . ووجه الاستدلال أن الآيات تقرر مبدأ المماثلة فى الجزاء عموما ، سواء كان ضمانا أو عقوبة ، لتحقيق العدالة والإنصاف . وإنما أطلقت الآيات على الجزاء المشروع سيئة واعتداء لمجرد المشاكله وتاكيد مبدأ المماثلة .

٩٨ – ويوجب القرآن الكريم مبدأ احترام حق الملك بقوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم ﴾[8] وقوله : ﴿ يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[9] وقوله : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلمًا إنما يأكلون فى بطونهم نارًا ﴾[10] ووجه الاستدلال أن الشارع حرم التعدى على مال الغير واعتبره ظلمًا وتوعد عليه بالعذاب . والضمان إنما هو لرفع هذا الظلم ولحماية حق المالك .

وتفريعا على ذلك أوجب أداء الأموال إلى أربابها ، سواء كان وجودها

---

(١) الأنعام : ١٦٤ .
(٢) النساء : ١٢٣ .
(٣) فصلت : ٤٦ .
(٤) فاطر : ١٨ .
(٥) الشورى : ٤٠ .
(٦) البقرة : ١٩٤ .
(٧) النحل : ١٢٦ .
(٨) البقرة : ١٨٨ .
(٩) النساء : ٢٩ .
(١٠) النساء : ١٠ .

فى يد الغير على سبيل الأمانة أو على سبيل التعدى . يقول تعالى فى شأن وجوب ردّ الأمانات : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[1] . ويستلزم الأمر بأدائها شغل الذمة بها ، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب فى غير مطلوب ، وهذا لا يتصور . وشغل الذمة بأداء واجب مالي هو أحد مفاهيم الضمان كما تقدم . أما إذا كانت الأموال فى يد غير أهلها على سبيل التعدي فقد أوضحت السنة قيام الضمان إلى حين أداء هذه الأموال . يقول النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . ولا يدل الحديث على وجوب الضمان من حيث الاقتضاء أو توقف فهم المراد من الحديث على تقديره فحسب ، بل يدل الحديث على هذا الوجوب بنصه ، لأنه المعنى المباشر الذى سيق الحديث لأدائه .

وقد حكم ﷺ بوجوب الضمان لإتلاف مال الغير فى بعض الوقائع من ذلك حديث أنس الذى جاء فيه : « أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاما فى قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال رسول الله ﷺ : « طعامٌ بطعام ، وإناءٌ بإناء » وفى ذلك أوجب الرسول ﷺ طعام بدل الطعام التالف وإناء عوضا عن الإناء التالف ، وهذا التعويض هو الواجب بالضمان .

وقد أوضحت السنة أن (ظهر المؤمن حمى إلا فى حد أو حق)[2] ، فلا يضرب ولا يذل إلا على سبيل الحد والتعزير . ومن أجمع ما جاء فى ذلك قوله ﷺ فى خطبة الوداع : « .. إن الله تبارك وتعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها ، كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا . ألا هل بلّغت »[3] .

---

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر : ٨٥/١٢ ط لاهور ١٩٨١ ، وهو حديث رواه البخارى فى كتاب الحدود .

(٣) السابق .

٩٩ – نفى الضرر : ومن أهم الأدلة على مشروعية الضمان قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » . وقد أثبته مالك فى الموطأ بهذا اللفظ عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه يحيى بن عمارة بن حسن التابعى . والحديث مرسل فى هذه الرواية . ووصله الداروردى عن طريق أبى سعيد الخدرى بزيادة : ومن ضارّ أضرَّ الله به ومن شاق شق الله عليه[١] . ويذكر الزيلعي أن هذا الحديث قد روى من طريق عبادة بن الصامت وابن عباس وأبى سعيد الخدرى وأبى هريرة وأبى لبابة ، وثعلبه بن مالك وجابر بن عبد الله وعائشة . هذا الحديث قد أخرجه كل من ابن ماجة وابن شيبة وعبد الرزاق وأحمد والطبرانى والدار قطنى والحاكم وابن عبد البر والشافعى وأبو داود وأبو نعيم والنسائى والترمذى[٢] . ويذكر النووى أن هذا الحديث حسن ، وله طرق يقوى بعضها بعضا ، وقال العلائى : له شواهد وطرق يرتقى بمجموعها إلى درجة الصحة[٣] . ولا يتقوى هذا الحديث بتعدد طرقه وتنوعها فحسب بل تسانده قواعد الشرع وأحكامه القاضية بمنع الظلم والإضرار بالغير وإقامة العدل والإحسان وحرمة مال المسلم ودمه وعرضه والأمر بالرفق بالجار والإحسان إلى الضعاف . ويبلغ الحديث بالالتفات لذلك مبلغ التواتر المعنوى ، ولذا لا ينازع أحد فى صحته من هذا الوجه ، بل ويراه البعض أحد الأحاديث الخمسة التى يدور عليها الفقه[٤] . ويعتبره السيوطى وابن نجيم أصلاً لكثير من أبواب الفقه كالضمان والشفعة والقصاص والديات والحجر والجبر على القسمة فى شركة الملك[٥] .

ووجه دلالة الحديث على مشروعية الضمان أن الحديث يستلزم لفهمه وجوب الضمان من جهة أن الحديث لم يرد لنفى الضرر فى الواقع المحسوس ، وإنما

---

(١) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا الكاندهلوى ، ونشر إدارة التأليفات الأشرفية بملتان – باكستان ، ٢٢٥/١٢ .

(٢) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى : ٣٨٤/٤ ط لاهور مصورة .

(٣) أوجز المسالك : ٢٢٦/١٢ .

(٤) السابق ٢٢٥/١٢ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى : ٨٣ ، ولابن نجيم : ٨٥ ، وغمز عيون البصائر للحموى : ١٢١/١ .

أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير وإيجاب الضمان على من أوقعه . وهذا هو منصوص القاعدة الفقهية : الضرر يزال ، فإنه لا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان تداركا لهذا الضرر .

١٠٠ – ويدل الضرر فى الاستعمال الاصطلاحى على الحرج والنقص فى الأموال والأنفس . وله فى اللغة عدة معان ، منها الضيق والشدة وسوء الحال والمكروه . قال فى الصحاح : مكان ذو ضرر أى ضيّق . وفى القاموس : الضرر الضيق . وفى المصباح : الضرر بمعنى فعل المكروه ، وضره فعل به مكروهًا . وفى المنجد : الضرر والضرر ضد النفع بمعنى الشدة والضيق وسوء الحال ودخول النقص فى الشيء . وقد وردت فى القرآن الكريم كلمة الضراء فى مقابل السراء بمعنى الشدة والقحط فى قوله تعالى : ﴿ الذين ينفقون فى السراء والضراء ﴾[1] . والضُّرّ والضرر والإضرار كلها بمعنى واحد .

أما الضرار فقد اختلفوا فى تحديد معناه وعلاقته بالضرر ، فقال علماء اللغة إنهما بمعنى واحد ، وورد عن بعضهم أن الضر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعدا . وقيل الضرار أن تضره من غير أن تنتفع والضر أن تضره وأنت تنتفع به . وقيل الضرار الجزاء على الضرر الذى يقع فى الابتداء . وهذا هو الذى رجحه بعضهم ، ففى النهاية الأثيرية أن قوله لا ضرار معناه أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه ، وهو فِعال من الضر ، أى لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه . وهذا هو ما جاء فى لسان العرب وتاج العروس والوسيط ، وهو ما رجحه ابن نجيم والسيوطى . ويبدو أن هذا الترجيح مستند إلى قاعدة المفاعلة التى ترجع إلى فعل الاثنين فصاعدا .

وقد ورد الضرار فى القرآن فى ستة مواطن بمعنى الإضرار المالى والنفسى كذلك . ولا أجد ما يفرقها عن الضرر فى هذه المواطن كلها إلا معنى التكلف والافتعال الذى يقتضى القصد والنية ، فكأن الضرر هو النقص فى الأموال والأنفس والحرج دون التفات إلى نية المتسبب فيه ، أما الضرار فهو التسبب

---

(١) آل عمران : ١٣٤ .

فى الحرج نفسه مع القصد إليه . وقد يفسر ذلك سبب العدول إلى صيغة الضرار فى هذه المواطن الستة ، وهى :

– قوله تعالى ﴿ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ﴾[1] أى قصدا إلى الإضرار بهن ، بمعنى أنه لا يرجع زوجته إليه بعد طلاقها لا بقصد إمساكها واستئناف حياة زوجية معها وإنما لمجرد الإضرار بها .

– قوله تعالى : ﴿ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾[2] أى لا يقصد أحدهما إلى الإضرار بالآخر ، كأن يمنع الزوج نفقة الابن للإضرار بالزوجة ، أو يمنع أحدهما الآخر من رؤية الولد عند إشرافه عليه وحضانته له .

– قوله تعالى : ﴿ ولا يضارّ كاتب ولا شهيد ﴾[3] محمول على النهى عن القصد إلى الإضرار كذلك ، سواء كان البناء للفاعل ، وتوجه النهى إلى الكاتب والشهيد ، فيحرم عليهما القصد إلى الإضرار بأصحاب الحقوق بالكتمان والتحريف ، أم كان على البناء للمفعول بمعنى أنه لا يجوز لأحد أن يضرّ بهما بتعطيلهما أو تكليفهما التردد على مجالس القضاء دون تحمُّل مئونتهما .

– قوله تعالى : ﴿ غير مضارٍّ وصية من الله ﴾[4] معناه أنه لا يجوز لرب المال أن يتعمد الإضرار بورثته بالإقرار بديون غير حقيقية .

– قوله تعالى : ﴿ والذين اتخذوا مسجدا ضرارا ﴾[5] معناه أنهم اتخذوا هذا المسجد بقصد إضرار المسلمين وتفريقهم .

– قوله تعالى : ﴿ ولا تضارّوهن لتضيقوا عليهن ﴾[6] فيه معنى القصد أيضا .

---

(١) البقرة : ٢٣١ .
(٢) البقرة : ٢٣٣ .
(٣) البقرة : ٢٨٢ .
(٤) النساء : ١٢ .
(٥) التوبة : ١٠٧ .
(٦) الطلاق : ٦ .

ويبدو لى لذلك أن التفريق بين الضرار والضرر على أساس تجرد الضرر للحدث نفسه دون إشارة إلى النية واستشعار القصد فى الضرار هو أولى من التفريق بينهما بالنظر إلى معنى المفاعلة فى فهم عدد كبير من العلماء ، كما أنه الأولى فيما يبدو لى كذلك من التفريق بينهما على أساس اختصاص الضرر بالنقص فى الأموال والأنفس دون الأحاسيس النفسية على حين يرجع الضرار إلى هذا الجانب النفسى فيما انتصر له الخمينى الموسوى وطبقه على المواطن الستة السابق ذكرها . وعبارته أن الضرار وتصاريفه يستعمل فى التضييق وإيصال التضييق وإيصال المكروه والحرج والتكلف كما أن الشائع فى الضرر والضر والإضرر هو استعمالها فى المال والنفس[1] .

١٠١ — وإذا كان الحديث يقتضى بحسب الضمان تداركًا للضرر الواقع ورفعا له بأسلوب النفى فإنه يستلزم تدارك جميع الأضرار دون تفريق بينها ، حتى لا يثبت إقرار الشارع لأى منها بعد نفيه لها . ويستقيم فهم هذا العموم على جميع الاحتمالات التى قد ينصرف إليها فهم هذا الحديث . والاحتمالات هى[2] :

(أ) نفى الحكم الشرعى المتضمن للضرر . فمعنى قوله لا ضرر على هذا الاحتمال انه ليس هناك حكم شرعى فيه ضرر . ويقوى هذا الاحتمال على رواية لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ، ومعناه بهذا لا ضرر مسببا عن الحكم الشرعى . والحديث بهذا إخبار عن واقع التشريع الإسلامى وأنه لا يتضمن إضرارا بأحد .

(ب) المنفى فى الحديث هو الضرر غير المتدارك بالضمان ، مما يقتضى أن الشارع حكم بتدارك جميع الأضرار بالضمان ورفعها .

(جـ) الحمل على النهى كقوله تعالى : ﴿ فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج ﴾[3] .

---

(١) الرسائل للخمينى الموسوى : ص ٢٨ مؤسسة إسماعيليان ١٣٨٥ هـ .

(٢) السابق ص ٣٢ — ٤٥ .

(٣) البقرة : ١٩٧ .

١٠٢ – وتقوى إرادة عموم جميع أنواع الضرر فى الحديث بالالتفات إلى صيغته المؤلفة من النفى والنكرة التى تفيد العموم فى هذا السياق . وكذلك فإن الضرر يُحمل على مدلوله العرفى بحكم أن الشارع لم يحدد هذا المفهوم فينصرف إلى المدلول العرفى . وقد استشعر الفقهاء هذا العموم فى صياغتهم للقاعدة الفقهية الكلية القاضية برفع الضرر ، ونصها : الضرر يزال[١] . ويجب العمل لهذا على أن يشمل الضمان جميع الأضرار التى يعدها العرف كذلك ، سواء تعلقت بأعيان الأموال أو بمنافعها أو بالبدن الإنسانى أو بمنافعه أو بالجوانب النفسية والشعورية . ويجب كذلك صياغة الأحكام الفقهية المتعلقة بالضمان على ضوء هذه الغايات والمقاصد التى أرادها الشارع لتدارك ما يعد فى العرف ضررا .

الفرع الثانى : مقاصد ضمان العدوان

١٠٣ – حدد القرافى والعز بن عبد السلام والكاسانى وغيرهم مقصد الشارع من وضع حكم الضمان وشرعه برفع الضرر وجبره . وهم يعدونه من الجوابر التى شرعت فى مقابل الزواجر لكل من (جلب المصالح .. وجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ، ولا يشترط فى ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما ، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان)[٢] .

وإذا كانت (الأموال لا تجبر إلا بجابر مالى)[٣] ، وكذلك حقوق العباد الأخرى ، فقد ناسبه تقدير الواجب فى الضمان بالأموال . والواجب عموما هو رد المثل أو القيمة أو الديات والأروش أو حكومة العدل . وبهذا اعتبر الفقهاء أن جلب ما فات من المصالح وجبر ما فات منها بالجوابر المالية هو المقصد الأساسى للضمان ، وهو الذى يفرقه عن العقوبة ، بحكم أن المقصود الأساسى منها هو الردع والزجر .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٣ ، ولابن نجيم ص ٨٥ .

(٢) قواعد الأحكام ١/١٧٨ .

(٣) السابق : ١/١٧٩ .

١٠٤ – وعلى سبيل المقارنة فقد تغير المقصد الذى أرادته القوانين الوضعية من المسئولية التقصيرية بتغير الظروف التاريخية ، فقد قصدت هذه القوانين أول ما قصدت إلى ترضية المتضرر وتهدئته وانتزاع سخطه واعتبرته هدفها الأسمى من إيجاب التعويض ، منعا للنزاع وقيام الفتن . غير أنه قد وجد فيما بعد أن التركيز على هذا الهدف من شأنه أن يثير فى الطرف الآخر روح المقاومة والرغبة فى الثأر . ولذلك اتجه التفكير فى مرحلة تاريخية أخرى إلى إحلال هدف الردع والمنع محل العمل على ترضية المتضرر . وقد ناسب هذا المعنى مرحلة قصر الحكم بالتعويض على التعديات المشتملة على القصد السيء أو التعمد ، وقبل الاعتراف بالإهمال سببا مستقلا لإيجاب المسئولية التقصيرية . وقد لوحظ بعد تطور هذه المسئولية فى التفكير القانونى أن هدف الردع لا يناسبها ، من جهة أن التعويض لا يمنع من الأخطاء البشرية غير المقصودة ، وخاصة فى حوادث الطرق التى تنشأ فى معظم الأحوال من أخطاء تافهة لا يستطيع السائق أن يتجنبها على الدوام . وقد أظهرت إحصائية وزارة النقل والمواصلات الأمريكية فى أوائل السبعينات أن السائق المتمرس الذى لم يتعرض لحادثة فى السنوات الأربع السابقة على اختباره يرتكب حوالى تسعة أخطاء من أربعة أنواع كل خمس دقائق من قيادته[1] . ومن جهة أخرى فإن عقوبات القوانين الجنائية أقرب إلى تحقيق هذا الهدف من شرع الضمان .

١٠٥ – ويتناول محام أمريكى اسمه جويدو جالا بريسى Guido Galabresi هدف الردع المقصود من التعويض تناولا آخر يستند إلى ما أسماه (الردع العام) الذى يقوم على حساب تكلفة التعويض المحتمل وجوبه فى إنتاج سلعة من السلع وترويجها ، أو فى أى نشاط ، وإضافة هذه التكلفة إلى تكلفة هذا الإنتاج أو النشاط . ويرى جويدو أن حساب التكلفة على هذا النحو من شأنه أن يؤدى إلى تحديد مستوى الإقدام على إى نشاط وتعيين طريقة مباشرته وإلى التحكم الاجتماعى فى كل ذلك عن طريق زيادة التكلفة برفع مقدار التعويض ونسبته . ويرجع هذا التناول إلى أن قوى السوق تضمن أفضل تخصيص لعناصر الثروة ،

---

(١) Dias and Markesinis, P. 9

وتحدد أغلب القرارات الاجتماعية بشأن الأنشطة المتسببة فى الضرر عن طريق تحميل الفرد تبعة نشاطه الضار بغيره . وعلى سبيل المثال فإن من الممكن التحكم فى مستوى الإقدام على قيادة صغار السن للسيارات عن طريق رفع أقساط التأمين . وكذلك لو صدر قانون يلزم شركات صناعة السيارات بنسبة من التعويضات الواجبة فى تلك الحوادث التى تتعرض لها سياراتها الخالية من الحزام الواقى فإن هذه الشركات ستقارن بين تكلفة الحوادث وتكلفة تصنيع هذا الحزام مما يؤثر فى النهاية على قرارها[1] . غير أن هذه النظرية معيبة فى أساسها من جهة أنه لا يجوز لأى نظام قانونى أن يسمح بالنشاط الضار لمن استطاع تحمل تكلفته . ولا يجوز كذلك الوثوق بقوى السوق فى مجال الحد من الأضرار ، ولذا تتدخل الدول الحديثة بفرض قوانين الضمان الاجتماعى لتوزيع الضرر بدلا مما ترمى إليه نظرية (جويدو) التى لا تعمل إلا إذا تحمل المتسبب فى الضرر تكلفة هذا الضرر .

١٠٦ – وقد اتجه البعض إلى التفكير فى العدالة باعتبارها المقصد الأسمى للضمان . وتستلزم العدالة فى هذا السياق ألا نترك الضرر يستقر حيثما وقع وإنما يجب أن يتحمله المتعدى ، فهو الأولى بالحمل عليه . غير أن الحكم بالضمان لا يستند فى كثير من الأحوال إلى ما توجبه هذه النظرة الخلقية ، فمن انقلب وهو نائم على متاع غيره فأتلفه ضمن ما نشأ عن فعله من ضرر وإن لم يكن ظالما ولا معتديا . ولو أتلف صغير مال غيره ضمنه وإن لم يكن ملوما من الناحية الخلقية ، كما إذا كان غير مميز . ويتضح من هذا أن التعويض وجبر الضرر هو الهدف العام للضمان .

وقد استقر التفكير القانونى بشكل عام على اعتبار تعويض المتضرر بنقل الضرر وتوزيعه على قطاع يستطيع تحمله دون إرهاق هو الهدف الأعلى لنظام المسئولية التقصيرية . وهو بذلك يقترب مما عبر عنه الفقهاء المسلمون : الكاسانى والعز والقرافى .

١٠٧ – ويسلم تحديد المقصد العام للضمان فى جبر الضرر وتعويض

---

(١) Tort Law, Dias and Markesinis P. 12-13 .

المتضرر إلى السؤال عن الوسائل والكيفيات التى اعترف بها الفقه الإسلامى لتحقيق هذا المقصد . وقد سلفت الإشارة إلى أن المبادىء الشرعية قد اتخذت نوعين من الوسائل لضمان تعويض المتضرر . أولهما تحميل المتعدى واجب التعويض ونقل الضرر إليه باعتباره مسئولا عنه أو أنه هو الأولى بالحمل عليه ، وذلك فى الأضرار المالية والجسدية التى تقل عن نصف عشر الدية فى المذهب الحنفى أو فى حدود ثلث الدية فى مذهب الجمهور . والثانى إلقاء واجب التعويض على العاقله فيما تتحمله ، توزيعا للضرر ونقلا له من جانب المتضرر إلى طائفة من الناس أو جماعة تستطيع تحمله دون مشقة .

وإذا صح هذا الفهم وجب تحديد مقصود الشارع من شرع الضمان بجبر الضرر عن طريق نقله من المضرور إلى من تسبب فى إلحاق الضرر به أو توزيعه على أفراد العاقلة الذين لا يشق عليهم تحمله ، رعاية لمصلحة المتضرر ومصلحة المتسبب فى الضرر على السواء . ويفتح هذا التحليل لدور العاقلة الباب للاجتهاد فى إقامة مؤسسات التأمين التعاونية التى تيسر للعاقلة أداء دورها فى سياق التعاملات الحديثة . ويجوز أن تتحمل هذه المؤسسات الضمانات الواجبة على أعضائها فى الأضرار المالية كذلك ، سواء بإطلاق ما تتحمله هذه المؤسسات عن أعضائها أو بوضع حد أدنى لما تتحمل عنهم .

١٠٨ - ولا يشمل القصد من الضمان بوضعه هذا الوضع الأهداف الأخرى ، كترضية المضرور وتهدئته وإقامة العدالة وردع المخطىء أو المتعدى ، وإن لزمت عن المقصود العام منه ، وهو إيصال التعويض إلى المتضرر ، لزوم وجود وواقع لا لزوم تشريع . ولا يقصد الشارع إلى رفع ضرر المدعى بالإضرار بالمدعى عليه . دليله أنه شرع العاقلة لتحمل الضرر عن المدعى عليه هو ألآخر فى أكثر الإصابات دورانا ووقوعا وأكثرها تكلفة . والشارع إنما يقصد إلى إيقاع المصالح وإن لزم عنها الإضرار بأحد واقعا فلا يعنى ذلك دخولها فى قصد الشارع واعتباره لها ، فالطبيب فيما أوضحه الشاطبى يعلم تألم المريض أثناء إجراء الجراحة دون أن يقصد إيقاع هذا الألم .

وعلى سبيل المقارنه فقد أدى ظهور التأمين إلى تيسير حصول المدعى

على حقه دون إرهاق للمدعى عليه . ويشبه الدور الذى تقوم به شركات التأمين من بعض جوانبه دور العاقلة التاريخى ، وذلك بالنظر إلى التخفيف عن المدعى عليه . غير أن هذا النظام الجديد يتجه إلى إلقاء الضرر على الطرف الذى يستطيع تحمله على نحو أكثر يسرا ، سواء كان المضرور نفسه ، أو المتسبب فى الضرر . وقد تحقق ذلك فى مجال المسئولية عن الحوادث الصناعية Industrial accidents ، حيث أصبح مبدأ ترك الضرر يستقر على العمال وحدهم فى الأحوال التى لا يخطىء فيها رب العمل أمرا غير مقبول من الناحية السياسية ، ورئى لذلك أن رب العمل هو الأقدر على تحمل هذه الأضرار ، وأنه يستطيع اتخاذ التدابير اللازمة للتأمين ضدها وإضافة تكلفة هذه التدابير إلى أثمان البضاعة التى ينتجها ، وبذا يتحملها فى النهاية المستهلكون لهذه البضاعة . وبذلك يتجه التفكير القانونى فى تحديده للمقصود من نظام المسئولية التقصيرية إلى أن التعويض بنقل الضرر وتوزيعه على عدد كبير من الناس عن طريق إلزام أقدر الأطراف على تحمله هو الهدف الأساسى للضمان . وتتنازع اتجاهات كثيرة مع ذلك — فى إلقاء الضمان على الطرف الأقدر على تحمله ، وتوجب إلقاءمسؤلية الضرر على الطرف المتسبب فيه . وهو ما تتجه إليه مدرسة شيكاغو التى يمثلها الأستاذ Posner .

١٠٩ — وليس فى المبادىء الشرعية ما يسوغ إلقاء الضرر على الطرف الأقدر على تحمله . ويرتبط هذا الهدف الذى اتخذته شركات التأمين شعارا لها بطبيعة عملها الذى يبتغيا الربح ، وهى تفضل لذلك التعامل مع أصحاب المشروعات الضخمة الذين يستطيعون تحمل نفقات التأمين واتخاذ التدابير اللازمة لنقل هذه النفقات إلى الجماهير المستهلكة لإنتاجها . أما الفقه الإسلامى فقد اتخذ تعويض المتضرر هدفا له من إيجاب الضمان على المتسبب فيه . وفى حدود هذا الهدف ينتقل واجب أداء التعويض من المتسبب فيه إلى عاقلته فى الأحوال التى تستوجب هذا النقل ، وذلك إذا كان الواجب هو ما فوق الثلث فى المذهب المالكي وابتداء من الثلث فى المذهب الحنبلى ، أو نصف العشر فى المذهب الحنفى ، خلافا للشافعى الذى تتحمل العاقلة عنده جميع مايتعلق بالإصابات البدنية ، بلا فرق بين القليل والكثير ، لأن من ألزم بالكثير فإلزامه بالقليل من باب

أولى[1] . ويتحمل بيت المال الدية إذا لم تكن هناك عاقلة ، كما هو الحال الآن فى معظم البلاد الإسلامية ، فى رأى جمهور الفقهاء ، خلافا لرواية عن أبى حنيفة وبعض الحنابلة ممن ذهبوا إلى وجوب الدية فى مال القاتل أو الجارح إذا لم تكن له عاقلة[2] . ويفضل المرحوم عبد القادر عودة رأى الجمهور ، ويوجب تحميل الدية على بيت المال فى ظروفنا المعاصرة التى لا وجود فيها للعواقل القادرة على الوفاء بالدية فى أغلب الأحيان . ومع ما فيه من إرهاق للخزانة العامة فيجب ألا يحول ذلك دون تحقيق أغراض الشريعة فى تعويض المتضررين ورفع الظلم عنهم ، وتستطيع الحكومة (أن تخصص الغرامات التى يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض . وإذا كانت الحكومات العصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى بها أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين . ولقد أخذت بعض البلاد الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا .. وهذا الذى أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقيق بعض الأغراض التى ترمى الشريعة لتحقيقها)[3] .

١١٠ – وإذ تحددت صياغة المقصود من شرع الضمان فى التعويض على هذا النحو مع الأخذ فى الاعتبار بالتأثيرات العملية لتطبيقات هذا الهدف فى الواقع ، من حيث أداؤه إلى تطييب نفس المتضرر وردع المتسبب فى الضرر بمعنى حثه على السلوك القويم وزيادة العناية بحقوق الآخرين والتأثير على قراره فيما يتعلق بإنتاج السلع المعيبة أو القيام بنشاط يعرض غيره للخطر ، وذلك بإجباره على أداء ثمن مرتفع لهذا النشاط أو الإنتاج مما يقلل قدرة المنتج على التنافس ويلزمه فى النهاية باحترام المصالح الاجتماعية التى أرادها الشارع . وتقدم ملاحظات جويدو السابقة أدوات التحليل الاقتصادى للتأثيرات العملية المتعلقة بإلقاء الضمان على المتسبب فى الضرر أو عاقلته أو بيت المال الذى يدخل فى مفهوم العاقلة فى المذهب الحنفى والذى يراه الجمهور أهلا لتحمل واجبات العاقلة المالية عند عدمها . وتتنوع هذه الآثار الاقتصادية والاجتماعية تنوعًا

---

(١) مواهب الجليل ٢٦٥/٦ ، والمغنى ٥٠٥/٩ ، والبدائع ٢٥٥/٧ ، والمهذب ٢٢٧/٢ .

(٢) مواهب الجليل ٢٦٦/٦ ، والمغنى ٥٢٤/٩ ، والبدائع ٢٥٦/٧ ، والمهذب ٢٢٨/٢ .

(٣) التشريع الجنائى الإسلامى ٦٧٨/١ .

يستوجب الاعتراف بفائدته فى التحليل العام لأحكام الضمان، فالمجالس البلدية التى تتولى أعمال الحفر فى الشوارع لصيانة المرافق المختلفة وإنشائها كثيرا ما تتسبب بإهمالها فى الإضرار بالمارّة . ويؤدى عدم مؤاخذة هذه المجالس بأحكام الضمان إلى تقليل تكلفة أعمال هذه المجالس من جهة وإلى حدوث كثيرًا من الخسائر المادية والبشرية من جهة أخرى ويرو إلى الذهن أن الزيادة فى تكلفة أعمال المجالس البلدية نظير التزامها بالحرص وتقدير مصالح المستفيدين بخدماتها تقل كثيرا عن تكلفة الخسائر المادية والبشرية التى تلحق أفراد المجتمع فى النهاية . ويستفيد القضاة فى النهاية بهذه التقديرات الواقعية والتحليلات الاقتصادية أثناء تطبيقهم للأحكام الشرعية . كما أن هذه التحليلات سوف تساعدنا كذلك على فهم الأحكام القضائية ومعرفة أسسها العميقة التى تستند إليها . وقد يعد إلقاء الضمان على المجالس البلدية فى هذا المثال بخصوصه تطبيقا للقاعدة الفقهية التى توجب دفع الضرر الأعم بالأخص .

١١١ – وقد أراد عمر بن الخطاب الاعتماد على الضمان لتحقيق أهداف اجتماعية معينة . وذلك كما فى قضية غلمان حاطب بن أبى بلتعة الذين (سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها ، فرفع ذلك لعمر بن الخطاب ، فأمر عمر كثير ابن الصلت أن يقطع أيديهم . ثم قال عمر : أراك تجيعهم ثم قال عمر : والله لأغرمنك غرما يشق عليك . ثم قال للمزنى : كم ثمن ناقتك . فقال المزنى : كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم . فقال عمر : أعطه ثمانمائة درهم)[(١)] . ويعلق الإمام مالك على ذلك بقوله : (وليس على هذا العمل عندنا . ولكن مضى امر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها)[(٢)] . ومن الواضح أن مالكا يشير إلى الأصل العام وأن قضاء عمر لا يعارض هذ الأصل باعتباره استثناء منه فى الأحوال التى يرى الإمام أنها تقتضيه وأن لتحقيق المصلحة الاجتماعية تستوجب تضعيف الغرم أو التعويض وبهذا يُعَدُّ الضمان أداة فعالة فى تحقيق المصالح الاجتماعيه وجلبها وجبر ما فات منها ، طبقا لما ذكره العز ابن عبد السلام .

---

(١) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا الكاندهلوى : ١٢/٢٤٠ . (٢) السابق .

الفرع الثالث : المبادىء الشرعية العامة لضمان العدوان

١١٢ — يقوم البناء العام لضمان العدوان على عدد من المبادىء الشرعية التى يعين الوعى بها على تصور هذا البناء . وأهم هذه المبادىء :

١ — عموم مسئولية المرء عن كل ما يترتب على فعله غير المأذون فيه شرعا ، على اعتبار أن الرضا بالشىء رضا بما يتولد عنه ، وإطلاقا لمبدأ مسئولية المرء عما ارتكبه .

٢ — عموم الضرر الواجب ضمانه لعموم الضرر المنفى فى قوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار .

٣ — استناد وجوب أداء الضمان إلى معنى التكافل الاجتماعى فى الأحوال التى توجبه .

٤ — نقل عبء إثبات التعدى من المعتدى إلى المعتدى عليه فى مواطن التهم .

وإليك توضيح المقصود من هذه المبادىء .

١١٣ — عموم المسئولية : أرست الشريعة مبدأ مسئولية كل فرد عن عمله بنصوص القرآن والسنة النبوية فيما سبق التعرض له . وتتنوع الأعمال الموجبة لضمان العدوان تنوعا يصعب معه حصرها ، وإن رجعت إلى معيار عام هو أن يكون الفعل المنشىء للضرر غير مأذون فى فعله بأصله ، إذا كان محرما ، أو بوصفه كما إذا كان أداؤه للضرر غالبا ، أو كان مباحا وصحبه قصدا التعدى أو الإهمال وعدم العناية . ولا يشترط فى الفعل الموجب لضمان العدوان أن يكون فعلا ماديا إيجابيا، فالصدمة العصبية Nervius Shock التى اعتبرتها القوانين الحديثة فى هذا القرن موجبة للتعويض من الأفعال التى اعتبرها الفقهاء موجبة للضمان منذ عصر الصحابة ، يدل على ذلك قضية المرأة التى أرسل إليها عمر بن الخطاب يستدعيها لحضور مجلسه . ففزعت فزعا شديدا ، فكانت تقول فى طريقها : مالى ولعمر حتى أجهضت وماتت : وقد قضى لها عمر بالدية بناء على مشورة

على بن أبي طالب ، خلافا لجمهور الصحابة الذين اعتقدوا أن عمر لم يخطىء فى إرساله للمرأة لكونه واليا ومؤدبا وأنه كان يقوم بواجبات وظيفته حين أرسل إلى المرأة من يستدعيها . لكن عليا رد عليهم بأن المرأة ماتت فزعا من استدعاء الخليفة لها ، وكأنه أوجب على الخليفة أن يتلطف فى استدعائها ، خاصة وأن المرأة حامل ، وأن يبين لها سبب هذا الاستدعاء حتى لا يتركها نهبا لهذه الظنون التى أفزعتها على نحو أودى بحياتها[1] .

ويوجب الفعل السلبى أو الترك والكف الضمان فى الفقه الإسلامى ، طبقا لما سبقت الإشارة إليه . وبهذا تشمل موجبات الضمان كلا من التعمد والإهمال والمباشرة والتسبب ، شريطة ألا يكون الفعل مأذونا فيه من قبل الشارع . فإذا حفر أحد حفرة فى طريق عام ، ولم يكن مأذونا فى ذلك ، ضمن ما أضره الحفر بالغير . وإذا كان مأذونا من قبل ولى الأمر بهذا الحفر ، لمصلحة تقتضيه ، ولم يتخذ ما يلزم لتنبيه المارة من إشارات ضوئية تعلن عن الحفرة حتى يتمكن المارة من توقيها ، فإن عليه الضمان كذلك لما صحب فعل الحفر ، المباح بالإذن ممن له حق الإذن ، من إهمال وتقصير .

١١٤ - ولا تتقيد المسئولية بالأضرار المباشرة الناشئة عن الفعل ، بل تشمل النتائج الاحتمالية التى تنسب فى العادة إلى هذا الفعل غير المأذون فيه . ولا يرفع المسئولية لذلك اعتبار الضرر نتيجة مباشرة لفعل الغير . وتجب المسئولية عن فعل الغير إذا لم يكن هذا الفعل مستقلا بنفسه فى إحداث الضرر ، وأمكن إسناد هذا الضرر إلى السبب . وقد عرف الفقه الإسلامى فى المسئولية عن فعل الغير صورا عديدة ، منها مسئولية الآمر ، ومسئولية شاهد الزور عما يقضى به القاضى ، ومسئولية الأستاذ عما يفعله صبى الحرفة ، ومسئولية الآجر عما يتلفه أجيره الخاص . ومما أوجبه الفقه الإسلامى كذلك المسئولية عن الآلات والأدوات والحيوانات . والقاعدة العامة لذلك أن أى سلوك مخالف لما أوجبه

---

(١) المبدع شرح المقنع .

الشارع من عناية وتبصر يوجب الضمان إذا تسبب هذا السلوك فى الإضرار بالغير . وسيأتى توضيحه فى مناسبته .

١١٥ - ولا يعد الفعل موجبا للضمان إذا كان الفعل مباحاً شرعا بأصله ووصفه ، فالقاعدة أن الإذن ينافى الضمان[١] . ومن تطبيقات ذلك قيام حالة الدفاع الشرعى التى أطلق عليها الفقهاء عنوان دفع الصائل . وفى ذلك يقول مالك (فى الجمل يصول على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره أنه إن كانت له بينة على أنه أراده وصال عليه فلا غرم عليه ، وإن لم تقم له بينة إلا مقالته فهو ضامن للجمل)[٢] . وكذلك إذا أراد رجل امرأة على نفسها فلم تستطع دفعه إلا بقتله فلا ضمان عليها[٣] . ويختلف ذلك عن حالة الضرورة ، فإن المضطر يباح له الأخذ من مال غيره إلى الحد الذى يكفيه لدفع الضرورة ، ولكنه يضمن ما يأخذه ، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير[٤] فى منصوص القاعدة الفقهية . ومن تطبيقات منافاة الإذن للضمان كذلك أداء الواجبات الشرعية ، فالقاعدة أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة وأن المباح هو الذى يتقيد به .

وتنتفى المسئولية لأمرين آخرين ، أولهما : انقطاع نسبة السببية بين الضرر والفعل على النحو الذى يأتى بيانه ، والثانى عدم إمكان التحرز عن الضرر ، فالقاعدة الفقهية أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه .

١١٦ - وقد ساعد وضوح مبدأ مسئولية كل شخص عن فعله فى الشريعة على اكتشاف الفقه الإسلامى منذ بداية تطوره لمفهوم الإهمال المشترك Contri butory negligence . يدل على ذلك القضية المعروفة فى هذا الفقه بقضية القارصة والقامصة والواقصة . ذلك أن ثلاث جواركنّ يلعبن فركبت إحداهن صاحبتها ، فقرصت الثالثة المركوبه فقمصت المركوبة ووقعت الراكبة فاندق عنقها . فقضى على رضى الله عنه بثلث الدية على القارصة والثلث على القامصة

---

(١) المادة ٩١ من المجلة العدلية .

(٢) أوجز المسالك إلى موطأ مالك : ٢٤٣/١٢ ، وانظر نيل الأوطار : ٧٤/٦ - ٧٩ .

(٣) مجمع الضمانات .

(٤) المادة ٣٣ من المجلة العدلية .

واسقط حصة الواقصة[1] . وقد نسب السرخسى لعلى رضى الله عنه أكثر من حكم فى قضايا الإهمال المشترك ، مما يدل على أنه هو أول من التفت إلى طبيعة هذا النوع من الإهمال .

ويؤكد ذلك مبدأ عموم مسئولية المرء عن نتائج فعله غير المأذون فيه شرعا ، سواء استقل فعله هذا بإحداث الضرر أو أسهم فى إيقاعه .

١١٧ - عموم الضرر المضمون : توجب الشريعة رفع الضرر مطلقا لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار ، وللقاعدة الفقهية المستندة إلى هذا الحديث ، وهى : الضرر يزال . ويشمل الضرر المضمون لذلك ما يتعلق بما يلى :

١ - أعيان الأموال ومنافعها .

٢ - الحقوق المالية الأخرى كحقوق الاختصاص والارتفاق .

٣ - منفعة الآدمى .

٤ - الحقوق المتعلقة بالجسم الإنسانى وسلامته . فالأذى المتعلق بتفويت هذا الجسم أو عضو فيه أو منفعة من منافعه أو تشويهه إضرار موجب للضمان .

وقد تقدمت الإشارة إلى أن الضرر فى الحديث للعموم ؛ لكنه نكرة فى سياق نفى ، وأن الضرر فى الحديث المذكور محمول على معناه العرفى الذى يتطابق مع مدلوله اللغوى ، نظرا لعدم وجود تعريف شرعى لمعناه ، فالقاعدة الأصولية أن اللفظ يحمل على معناه الشرعى أولا ، وإلا حمل على معناه العرفى ، وإلا وجب حمله على معناه اللغوى .

١١٨ - ولذلك فإنه لا حجة لهذه الآراء الفقهية التى تقيد الأضرار المضمونة بنوع خاص مما يعده الناس ضررا دون غيره . ولا حجة لمن يتصور من المحدثين بناء على اطلاع قاصر على هذه الآراء المحدودة فى الفقه الإسلامى أن الضرر المضمون فى هذا الفقه محدود ضيق ، وأنه لا يشمل سوى الضرر المتعلق

---

(١) المبسوط للسرخسى : ١٦/٢٧ .

بأعيان الأموال دون منافعها ، فضلا عن تلك الجروح والإصابات التى ليس لها أرش مقدر . وقد وقع صاحب هذا الرأى ، وهو الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، فى خطأ مزدوج ، من جهة نسبته رأى علماء المذهب الحنفى الذين أخذوا بعدم ضمان المنافع إلى سائر المذاهب الفقهيه ، برغم أنها اختلفت مع الأحناف فى هذا الصدد . ومن جهة أخرى فقد استبعد صاحب هذا الرأى الإصابات والجروح التى قدر لها الشارع جوابرها من بين الأضرار المضمونة على الرغم من أن تقدير التعويض لا ينفى كونه تعويضا .

وبهذا الاعتبار فإن مفهوم الضرر المضمون فى مجموع الآراء الفقهية الأقوى دليلا مفهوم عام وشامل الكل ما يتأذى به المرء فى جسمه ونفسه وماله وحقوقه الأخرى التى كفلها له الشارع . وهذا هو ما أخذ به المشروع المصرى للمعاملات المدنية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، الذى جاء فى مادته رقم ١٨٤ أن (كل تعدٍّ على الغير فى حريته أو فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى يوجب مسئولية المتعدى عن التعويض) . وإنما يقدر التعويض فيما نصت عليه المادة ١٨٣ من هذا المشروع (بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب) .

١١٩ – وإذ تتنوع صور الأضرار الناشئة عن التعدى فمن المنطقى أن تختلف صور التعويض الواجبة لجبر هذه الأضرار ورفعها . ويهدف التعويض فى ضمان العدوان إلى الرجوع بالمتضرر لحالته التى كان عليها قبل حدوث التعدى ، وذلك بجلب المصالح التى كانت متوقعة قبل التعدى وجبر ما فات منها ، طبقا لتعبير العز بن عبد السلام . ويقدر لذلك بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملابسة ومدى إسهام المتضرر فيما لحقه من ضرر ، حتى لا يسأل المخطىء إلا عما تسبب فيه .

وعلى ضوء ذلك فإن التعويض يشمل مجرد استرداد الحيازة ، كما هو الحال فى الغصب ، كما يكون التعويض بالحكم بتخلية العين مما يشغلها ، كالبناء على العرصة المغصوبة . ومنه كذلك الحكم بالمنع من مزاولة المهنة فى مكان معين ، كما لو اتخذ حداد حانوتا فى سوق البزازين . ويشمل التعويض كذلك

وجوب رد المثل أو القيمة ، والوفاء بالديات والأروش المقدرة ، ومنه كذلك الوفاء بالأروش غير المقدرة .

١٢٠ – التكافل الاجتماعى فى تحمل الضرر : الذى يتولى الوفاء بالتعويض هو المعتدى نفسه فى الأضرار المالية ، وفى الأضرار الجسدية التى لم تتجاوز الدية فى المذهب المالكى أو التى تقل عن ثلث الدية فى المذهب الحنبلى أو التى تقل عن نصف العشر فى المذهب الحنفى . ويعنى رفع الضرر فى هذه الأحوال نقله وإلقاءه على عاتق التسبب فيه ، لأن (الظالم أحق بالحمل عليه)فى منصوص القاعدة الفقهية . وتتولى العاقلة التعويض فى جميع الإصابات البدنية ، صغيرها وكبيرها فى المذهب الشافعى ونصف عشر الدية أو ما زاد عنه عن الأصناف وثلث الدية عند الحنابلة ، وما جاوز الثلث عند المالكية . وتتألف العاقلة عند الأحناف من قرابة العصب وأهل الديوان وبيت المال على الترتيب ، على حين تنصرف عند الجمهور إلى القرابات العصبية وإن لم يمنعوا بيت المال من تحمل واجب التعويض إن لم توجد العاقلة ، أو وجدت ولم تستطع القيام بهذا الواجب . وفى ذلك لا ينتقل الضرر من المضرور إلى المتعدى ، بل إلى أفراد العاقلة أو إلى ميزانية الدولة ، على أساس ما يوجبة التعاون والتكافل بين المسلمين ، لا على أساس الحمل على الظالم المتسبب فى الضرر .

وقد اعترف الفقه الإسلامى بهذين النظامين معا ، دون أن يمنع غيرهما من الظهور . ولذا نشأ نظام آخر يشبه نظام التأمين التعاونى لتحقيق التكافل والتعاون فى تحمل الأضرار المالية فى مقابل ما تقوم به العاقلة فى مجال الأضرار البدنية . ويدل على ظهور هذا النظام فى القرن الثامن الهجرى قضية تجار البزّ والحاكة . ذلك أن هؤلاء التجار قد اتفقوا فيما بينهم على فرض درهم فى كل ثوب يبيعونه ، بحيث يوضع ما يجمعونه من ذلك فى صندوق خاص لتعويض أى ضرر يحدث لأحدهم . لكن فرض هذا الدرهم قد أدى إلى نقص أعداد المشترين وقلة عدد الأثواب التى يخيطها الحاكة . ولذا رفعوا الأمر إلى القاضى

الذى أجاز هذه المعاملة شريطة ألا يجبر عليها أحد من التجار[1] . ويدل قيام هذا النوع من التنظيم التعاقدى الذى يختلف عن العاقلة فى طبيعته الاتفاقية على أن الفقه الإسلامى ومبادئه لا تمنع من قيام تنظيمات مماثلة لتوزيع الضرر والتعاون فى تحمله . ومن الواضح أن طبيعة الأضرار التى يتحملها هذا التنظيم إنما تخضع لاتفاق أطراف التعاقد ، على نحو يستجيب لأهدافهم من إقامته .

١٢١ - وتتجه التشريعات الحديثة ، فيما سلفت الإشارة إليه ، إلى تشجيع نزعات التكافل فى توزيع الضرر بدلا من العمل على مجرد نقله من المدعى إلى المدعى عليه . وتتبع هذه التشريعات أحد طريقين : الأول نظام التأمين وفرض الاشتراك فى تحمل أعباء التعويض على فئة أو طائفة من الناس تتعرض لخطر مماثل . ومن أهم صور هذا النظام وأكثرها شيوعا صورة التأمين من المسئولية عن حوادث السيارات . ويقتضى هذا النوع من التأمين أن يؤدى كل من لديه سيارة مقدارا معينا من المال بحيث ينفق منه فى التعويض عن هذا النوع من الحوادث . والطريق الآخر قيام الدولة نفسها بتحمل أعباء تعويض المصابين بإصابات بدنية من الميزانية العامة مما يؤدى إلى توزيع الأضرار على جميع المواطنين . من ذلك ما قامت به انجلترا عام ١٩٤٦ حين أخذت بنظام يقضى بأن تتحمل الدولة نفسها عبء التأمين لدى إحدى الشركات ، فى مقابل الالتزام بتعويض المصابين فى تلك الظروف التى لا يمكن فيها التعرف على السيارة المتسببة فى هذا الحادث ، أو استخلاص واجب التعويض من قائدها[2] ويجب تقدير الدور التاريخى للعاقلة فى ضوء هذه المحاولات التشريعية الرامية إلى تحقيق نوع من التعاون فى تحمل الأضرار البدنية ، بصفة خاصة ، نظرا لطبيعة هذه الأضرار واهتمام القوانين بالتعويض عنها ، حتى (لا يَطَلّ دم فى الإسلام) .

١٢٢ - عبء الإثبات : سبب الضمان هو التعدى المنشىء للضرر ، ولا يجب الضمان لهذا إلا إذا أثبت المدعى خطأ المدعى عليه ، لأن الأصل براءة

---

(١) الفكر السامى فى تاريخ الفقة الإسلامى للحجوى : ٥٠٩/٢ ، طبعة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة سنة ١٣٩٧ هـ .

(٢) Tort law. Dias and Markesinis P. 30 .

ذمته من الالتزام بالتعويض ، ولقوله ﷺ : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ولأن القاعدة الفقهية أن اليقين لا يزول بالشك ، ولأن تكليف المدعى عليه بنفى خطئه متعذر ويؤدى إلى فتح باب النزاع والجرأة على الأبرياء .

غير أن طرد ذلك فى موضوع الضمان يورث الغبن وأكل أموال الناس بالباطل فى كثير من الظروف التى يتعذر فيها قيام المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه أو تعديه . وذلك كالأموال التى يعطيها أربابها لأصحاب الحرف والصناعات ، وتغيب عندهم أياما ، لا يدرى أربابها شيئا عنها . فإذا جاء الصانع وادعى ضياعها أو تلفها أو سرقتها أو احتراقها بسبب لا يد له فيه فليس لرب المال حيلة فى التعرف على الظروف الحقيقية التى ضاعت فيها أمواله أو إثبات خلاف ما يقوله الصانع . ومن شأن ذلك اهتزاز الثقة فى هؤلاء الصناع مع الحاجة إليهم ، الأمر الذى يوقع فى الإعنات والحرج ، ويضر بالمصالح الاقتصادية العامة . ولمواجهة هذا الموقف ذهب بعض كبار الصحابة إلى افتراض تعدى هؤلاء الصناع فيما يدّعون هلاكه أو ضياعه بغير فعلهم ، وخاصة إذا كانت الأموال المدفوعة إليهم مما يمكن تغييبه أو إخفاؤه . وذلك لمكان التهمة . وقد ذهب إلى هذا الرأى كل من عمر وعلى بن أبى طالب[1] .

١٢٣ – وقد انتقل مبدأ افتراض خطأ الصناع إلى دائرة أوسع ، هى دائرة الأجير المشترك . وأفتى كثير من الفقهاء بتضمينه ، إلا إذا ثبت أن هلاك المال المدعى ضمانه كان بسبب لا يمكنه التحرز عنه . ويدخل فى الأجير المشترك كل من انتصب لعمل عام يتلقى عليه أجرا ، كالطبيب والمحامى والناقل والصانع والمقاول والكواء والخياط والميكانيكى . والتفريق بين الأجير المشترك وبين الأجير الخاص فى الضمان ، والحكم على الأول بوجوبه إلا إذا وسعه نفى خطئه وتعديه إنما هو لمكان المصلحة وحفظ حقوق المتعاملين معهم ، كما نص عليه ابن رشد والقرافى وقد اختلف النقل عن الشافعى ، فروى عنه فى المهذب أنه كان لا يرى تضمين الأجير المشترك ، ولكنه كان لا يفتى برأيه هذا ، لفساد الناس[2] .

---

(١) بداية المجتهد : ١٧٤/٢ ط لاهور .
(٢) المهذب لأبى إسحاق الشيرازى : ٤٠٨/١ .

وقد أخذ فقهاء المالكية بالتضمين للتهمة فى غير مجال الصناع والأجراء المشتركين على أساس النظر إلى المصلحة كذلك . من ذلك أنهم أوجبوا ضمان الرهن على المرتهن إذا ادعى هلاكه وكان مما يمكن تغييبه وإخفاؤه كالحلى والثياب ، وذلك لمكان التهمة . ويلتحق به ما يجرى مجراه من كل ما يثير التهم ، ففى حاشية الدسوقى : (واعلم أن مثل الرهن فى التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه باب العوارى وضمان الصناع والمبيع بخيار ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضن والصداق إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدخول وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر والمشترى من غاصب ولم يعلم بغصبه والسلعة المحبوسة للثمن أو للإشهاد[1]).

وافتراض الخطأ أو التعدى فى مواطن التهم المذكورة عند المالكية افتراض يقبل إثبات العكس ، ولذا يستطيع المدين نفى التهمة عن نفسه بإقامة البينة على أن التلف كان بسبب لا دخل له فيه ، كحريق غالب أو لص مغالب أو غير ذلك مما لا يمكن توقيه والاحتراز عنه . وإنما يندفع الضمان بإقامة البينة على أن التلف أو الهلاك لا يضاف إلى فعل المدعى عليه أو خطئه (لأن الضمان هنا ضمان تهمة ، وهى تنتفى بإقامة البينة)[2] ، طبقا لما ذكره الدسوقى .

١٢٤ — وإنما قصد القائلون بضمان الصناع والأجراء المشتركين وغيرهم ممن يترجح اتهامهم بالتعدى والخطأ إلى إقامة العدل بين أطراف التعاقد ورعاية المصالح المعتبرة لأصحاب المال . ولذلك يطلق عدد من الفقهاء على هذا النوع من الضمان مصطلح « الضمان للمصلحة » ، ويسميه المالكية أحياناً « الضمان للتهمة » ويطلق عليه بعض فقهاء الأحناف مصطلح « التضمين للسياسة »[3] . ولا يخفى أن المقصود من هذه التسميات هو الإشارة إلى أن تخفيف عبء الإثبات ونقله إلى المدعى عليه قد اقتضته المصالح الاجتماعية . ومن الواضح أن هذا الأسلوب الإجرائى فى تحقيق المصالح الاجتماعية لا ينال من الأسس الموضوعية القاضية باعتبار الأجير المشترك أو الصانع أمينا لا يضمن إلا بالتعدي ولهذا ينتفي عنه الضمان إذا أثبت عدم خطئه .

---

(١) حاشية الدسوقى ٢٥٤/٣ .

(٢) السابق . (٣) معين الحكام للطرابلسى ص ٢٠٠ .

١٢٥ - ومن الواضح أن أسلوب نقل عبء الإثبات قد أقدر الفقه الإسلامي على الاستجابة للظروف الاجتماعية والاقتصادية التي شهدها تطور حياة المسلمين منذ عهودهم الأولى . وها هي ذي القوانين الحديثة تلجأ إلى هذا الأسلوب نفسه استجابة لظروف التطور في القرن الأخير . ذلك أن ظهور المؤسسات الصناعية الضخمة وتعارض مصالح أصحاب الأعمال مع مصالح عمالهم وضعف الأخيرين في أية مواجهة مع هذه القوى الاقتصادية الضخمة قد أبرز أن تكليف المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه أمر لا يؤدى إلا إلى ضياع حقوق المدعى . ولذلك اتجهت القوانين إلى الأخذ بنظرية الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس أحيانا أو الذى لا يقبل إثبات العكس في أحيان أخرى . وتقوم مسئولية أصحاب الأعمال عن عمالهم ومسئولية حارس البناء والأشياء على مبدأ الخطأ المفترض ، وإن أمكن دفع هذا الخطأ أحيانًا بإثبات أن الضرر لا يرجع إلى خطأ المدعى عليه ، كما في مسئولية الحارس للبناء والحيوان[١] .

ويدل ذلك بوضوح على حقيقتين لازمتين لفهم نظرية الضمان في الفقه الإسلامي :

أولاهما : سبق الفقه الإسلامي غيره من القوانين الحديثة في التعبير عن مفهوم افتراض الخطأ ونقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه ، لمكان التهمة ولحفظ الأموال والحقوق .

والأخرى : أن من الممكن الاستفادة بهذا المفهوم في تحقيق المصالح التي جدت في ظروف الحياة الحديثة للحفاظ على حقوق المدعين الذين يعملون في مجال الصناعة والذين لا يمكنهم إثبات تعدى أصحاب الأعمال وتسببهم فيما لحقهم من ضرر . ويستند تطبيق الخطأ المفترض في المجالات الجديدة إلى عموم نفى الضرر وإلى مسئولية المرء عما يتسبب فيه فعله من إضرار بغيره .

١٢٦ - واجب العناية : أوجب الشارع رعاية حقوق الأهل والأقارب والجيران والمسلمين وأهل الذمة بنصوص شرعية عديدة سلفت الإشارة إلى

---

(١) المسئولية المدنية للمستشار حسين عامر وزميله ص ٤٧٩ .

بعضها . ومن أجمع ما جاء فى ذلك قوله ﷺ : (ظهر المؤمن حمى إلا فى حد أو حق) وقوله ﷺ فى خطبة الوداع : « إن الله تعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » . وقد عبرت عن هذا المعنى نفسه القواعد الفقهية التالية :

- من ترك واجبا فى الصون ضمن .
- على اليد ما أخذت حتى ترده .
- لا يطل دم فى الإسلام .
- ليس لأحد أن يتصرف فى مال غيره بدون إذن منه .
- الضرر يزال .
- الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به .

وبهذا فإن الشارع قد حرم الإضرار بالغير ، وأوجب الضمان بالسلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه من احترام حقوق الآخرين وعدم الإضرار بهم . ويعنى ذلك أن الشارع يوجب على الناس أن يتقيدوا فى سلوكهم بما أوجبه من عدم الإضرار بغيرهم . وهو بهذا يحرم عليهم تعمد الإضرار بهذا الغير أو عدم اتخاذ الحيطة اللازمة لمنع الإضرار . وقد اعتبر الفقهاء التقصير والإهمال من أسباب الضمان وموجباته . ولا معنى للإهمال إلا النقص والتقصير فى بذل العناية عن المستوى الذى أراده الشارع .

١٢٧ – ومعيار العناية الواجبة التى يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعى هو « السلوك المعتاد » والمألوف بين الناس فى البيئة الاجتماعية . فإذا قصر المودع فى حفظ الوديعة عما يحفظ به الناس أموالهم ضمن[1] . وفى مجمع الضمانات أن المستأجر إذا كبح الدابة بلجامها فعطبت لا يضمن عند أبى يوسف ومحمد (إذا فعل فعلا متعارفا) ، ويضمن اتفاقا بضرب الدابة (ضربا غير معتاد) . والخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى الضرب المعتاد بغير إذن

---

(١) مجمع الضمانات : ١٧ ، ١٨ ، ٢٢ .

صاحب الدابة ، فأبو حنيفة يوجب الضمان به خلافًا للصاحبين[1] . ولو اسود البيت المستأجر بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن إذا لم يجاوز المعتاد[2] . وكذلك لا يضمن الفصَّاد والحجَّام والبزاغ والختَّان إذا لم يجاوزوا المعتاد[3] .وفى (صبى ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للأم ، فخرجت وتركت الصبى فوقع فى النار تضمن الأم . وفى امرأة تصرع أحيانا ، فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع فى ماء أو نار ، وهى فى منزل الزوج ، فعليه حفظها . ويضمن إذا ألقت نفسها أثناء الصرع فى ماء أو نار . وكذا الصغيرة التى تحتاج إلى الحفظ[4] . وفى المودع إذا ربط سلسلة على باب خزانته فى خان بحبل ولم يقفله ، فخرج فسرقت وديعته ، قالوا : إن عد هذا إغفالا وإهمالا كان ضامنا وإلا فلا[5] . ويتضح من هذا كله أن العبرة فى قياس السلوك بالرجوع إلى المعتاد بين الناس بحيث يعد أى انحراف عنه أو خروج عليه تعديا يوجب الضمان . أما السلوك الموافق للمعتاد المألوف بين الناس فلا يعد من التعدى ، ولا يجب ضمان ما ينشأ عنه ، لكونه مأذونا فيه شرعا .

١٢٨ – ويختلف حد العناية المعتادة باختلاف الظروف ؛ فمن حفر حفرة فى صحراء لم يجب عليه ما يجب على الحافر فى مدينة . وعلى من يوقد النار وقت اشتداد الريح أن يبذل غاية ما فى وسعه لتجنب انتقال النار إلى أرض جاره ، ولو انتقلت النار ضمن ، بخلاف ما لو أوقدها وقت هدوء الريح فإنه لا يضمن إلا إذا جاوز المعتاد[6] . ويجب فى العناية بالحيوانات العادية ما يزيد عن الواجب فى العناية بالحيوانات الأليفة ، حسبما يأتى توضيحه . وتختلف العناية الواجبة على الطبيب باختلاف المريض والجرح والتقدم العلمى حسبما تفيده فتوى الحلوانى . وواقعة الفتوى أن صبية سقطت من سطح (فانتفخ رأسها ، فقال كثير

(١) مجمع الضمانات : ١٣ .
(٢) السابق : ٢٤ .
(٣) السابق : ٤٧ .
(٤) معين الحكام للطرابلسى ص ٢٠٧ .
(٥) مجمع الضمانات : ٧٥ وتبصرة الحكام ٣٥٢/٢ ، ٣٥٥ .
(٦) مجمع الضمانات : ١٦٠ .

من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت . وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم تموت ، وأنا أشقه وأبرئها . فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين) . وقد سئل الحلوانى عن ذلك ، (فتأمل مليا ثم قال : لا يضمن إن كان الشق بإذن ، وكان معتاد ، ولم يكن فاحشا خارج الرسم . فقيل له . إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها . فقال ذلك لا يوقف عليه ، فاعتبر نفس الإذن . قيل له : فلو كان قال هذا الجراح إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن ، هل يضمن ؟ قال لا)[1] .

ولا يلتزم الطبيب إذا أذن له المريض أو من له حق الإذن إلا بالمعتاد واتباع أصول المهنة . ولا يضمن إلا بمخالفة ذلك . ومن الطبيعى أن يختلف الواجب عليه باختلاف خبرته ودرجة التطور فى فنون الطب . ويتضمن معيار المعتاد المألوف هذا المعنى أما التزام الطبيب بالشفاء والبرء فهو التزام بما ليس فى الطاقة ، ولا يكون سببا لإيجاب الضمان ، طبقا لما أفتى به الفقيه الحنفى الحلوانى .

١٢٩ — ومؤيدات الرجوع إلى العرف فى تقدير ما يعد من الإهمال أو التقصير وما لا يعد كثيرة ، من بينها القواعد الفقهية التالية :

— « الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية ، بل على الاعتقادات العرفية »[2] .

— « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان » .

— « الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » ، « والعادة محكمة » ، « واستعمال الناس حجة يجب العمل بها» .

ومن جهة المعقول فإنما كانت عوائد الناس وأعرافهم محكمة فى ذلك ، لأنها هى التى تضبط السلوك الواجب فى الظروف المختلفة وتمثل خبرة الأجيال المتعاقبة فى التوفيق بين المصالح المتنوعة لأفراد المجتمع . وإنما يحرص الناس على اتباع ما ألفوه فيما لا يعارض نصا شرعيا ، لأنهم قد ثبت لهم من طول تجربة وتتابع استقراء أنه لا ينشئ ضررا ولا مفسدة ، فإنهم بمجموعهم ينفرون

---

(١) مجمع الضمانات ، ٤٨ وحاشية الطحطاوى ٢٧٦/٤ .

(٢) الزنجانى ، تخريج الفروع على الأصول ص ٢٢٦ .

من الضرر ويسعون إلى تحصيل ما يصلحهم بحكم الفطرة المودعة فيهم . ويرقى مثل هذا التعود إلى أن يكون نوعا من الاتفاق الضمنى بين أفراد المجتمع على عدم مجاوزته .

١٣٠ – ويتفق المعيار الفقهى (السلوك المعتاد) مع نظيره الذى تبناه القانون الانجليزي بعنوان : Reass nble man[١] أو سلوك الرجل العاقل ، كما يتفق مع ما أخذ به القانون الفرنسى ، وترجم إلى اللغة العربية بعنوان الرجل المعتاد والرجل الحريص[٢] . أما مبدأ واجب العناية فلم يصل القانون الانجليزى إلى تحديده فى قاعدة عامة إلا فى العقدين الأخيرين على الرغم من أهميته البالغة فى بناء النظام العام للضمان . وقد تكفل اللورد أتكن Lord Atkin بصياغة هذا المبدأ على أساس القاعدة الخلقية المستمدة من ديانته المسيحية : (أحبب جارك) . وعبارته فى ذلك : (إذا كان لا بد من إيجاد مفهوم عام يحكم العلاقات على أساس من واجب التحوط والعناية لضبط وقائع الإهمال وصوره المتنوعة فى إطار واحد يجمعها فإن من اللازم أن نستند إلى الواجب الخلقى الذى يقضى بأن عليك أن تحب جارك ، بحيث يعنى فى صياغته القانونية : أن عليك ألا تؤذيه وأن تبذل العناية المعتادة أو المعقولة Reasonable care فى أفعالك وتروكك على السواء كيلا توقع الضرر بهذا الجار . أما مفهوم الجار فينبغى أن يشمل الأشخاص الذين يتأثرون بأفعالك ، ممن يلزم أن تضعهم فى اعتبارك عند تحريك قصدك إلى هذه الأفعال)[٣] .

ومن الواضح أن هذا المبدأ الذى استعاره « أتكن » من الأخلاق المسيحية على نحو لا يخلو من التكلف يقابله فى الفقه الإسلامى قاعدة نفى الضرر المستمدة من قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » . ومع ذلك فإن القاعدة الفقهية أوضح فى الصياغة وأدنى إلى الصنعة القانونية من هذا المبدأ المستعار ، حتى بعد إعادة تفسيره على النحو الذى كفل له صفة الإلزام والشمول .

---

(١) Tort law, Dias and Markesinis P.40, 56 .

(٢) الوسيط للسنهورى ٧٩٩/١ .

(٣) Tort law, by Dias and Markesinis, P.41 .

ومن المثير للدهشة والتأمل أن يشير أحد الكاتبين المحدثين إلى سذاجة نظام الضمان الفقهى إذا ما قورن بنظيره فى القانون الانجليزى ، بناء على ما ادعاه من أن النظام الفقهى لم يعرف هذا المبدأ العام القاضى بوجوب الرعاية على النحو الذى تجده فى القانون الانجليزى . وتكفى الإشارة إلى قاعدة (من ترك واجبا فى الصون ضمن) لنفى هذا الادعاء ودحضه .

١٣١ — إجمال : والخلاصة أن هذه المبادىء الخمسة (عموم المسئولية — عموم الضرر المضمون — التكافل فى تحمل الضرر فى الظروف التى تقتضيه — تخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة — وجوب العناية بحق كل فرد فى ماله وبدنه وسمعته) قد حملت التطبيقات الفقهية فى ضمان العدوان إلى مناطق لم يرتدها تفكير قانونى آخر قبل الفقه الإسلامى . ويستطيع الفقه الإسلامى بهذه المبادىء أن يضبط سلوك الناس وأنشطتهم فى الظروف الاجتماعية المعاصرة . وإذا كان هذا الفقه قد لحقه من الظلم ما لم يلحق بأى تفكير قانونى آخر ، وذلك بإهمال مبادئه وتشويهها وعدم فهمها وإبعادها عن التطبيق العملى منذ بداية الاحتلال الأجنبى للبلاد الإسلامية ، فإن من العار على الأمة الإسلامية أن يستمر هذا الظلم .

الفصل الثانى : أركان ضمان العدوان

١٣٢ – تقديم : الأركان جمع ركن ، وهو جزء الشيء الداخل فى حقيقته وما هيته ، بحيث لا يتم تصوره بدونه . وذلك كالقيام أو الركوع أو السجود فى الصلاة ، فكل واحد من هذه الأفعال ركن فيها ، بحيث يعد جزءا من حقيقتها ، ولا يتحقق وجودها الشرعى بدونه . أما الشرط فيتوقف وجود المشروط على وجوده ، كالركن فى هذا ، ولكنه أمر خارج عن حقيقته . وذلك كالوضوء ، فإنه شرط لصحة الصلاة ، إذ لا وجود لها بدونه ، وإن لم يدخل فى حقيقتها ، ولا يعد جزءا منها . وحضور الشاهدين شرط فى صحة النكاح ، ولكنه أمر خارج عن حقيقة العقد ، بخلاف الإيجاب والقبول ، فإنهما ركنا العقد الذى لا يتم تصوره بدونه[1] .

والمقصود بأركان الضمان الناشيء عن العدوان أجزاؤه التى لا وجود لهذا النوع من الضمان بدونها ، وهى الخطأ أو التعدى والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . وإنما اعتبرت هذه المعانى أركانا لضمان العدوان لدخولها فى حقيقته ولتوقف وجوده على وجودها ، فإن ضمان العدوان يعنى المسئولية الناشئة عن التعدى ، ولا يتحقق تصور هذه المسئولية إلا إذا وجد التعدى المنشيء للضرر .

وقد تعرض الفقهاء لهذه الأركان على نحو يفتقر إلى الترتيب ويتسم بتشتت المعالجة وتوزعها فى أماكن متفرقة من كتب الفروع والقواعد الفقهية والأصول ، على الرغم من وضوح هذه الأركان فى أذهانهم عند تعرضهم لأحكام الجزئيات والفروع الفقهية . ويرجع السبب فى ذلك إلى طريقتهم الخاصة فى التأليف ، تلك التى تختلف عن الطريقة المألوفة لنا فى العصر الحديث . وفيما يلى بحث هذه الأركان وما يتعلق بها من أحكام ، بالنظر فى الخطأ ثم الضرر ثم السببية .

---

(١) التوضيح : ٦٩٤/٢ .

المبحث الأول : الخطأ

١٣٣ – تقسيم : تتعدد الأفعال الموجبة للضمان تنوعا يستعصى على الحصر ، وإن اشتركت هذه الأفعال فى كونها أفعالا غير مشروعة أو أخطاء أو تعديات Delict, Torts, Wrongs . غير أن الصناعة القانونية تقتضى تقسيم هذه التعديات إلى أنواع لتيسير ضبطها وتحديد مسئولية فاعليها من الناحية العملية . وتتنوع التقسيمات الواردة فى هذا الصدد بتنوع الأهداف منها والأسس التى تقوم عليها . وتنقسم هذه الأفعال بالنظر لنية الفاعل وقصده إلى أخطاء عمدية Intentional torts وإلى أخطاء تقصيرية ترجع إلى الإهمال . Negligence

ويجرى تقسيم الأخطاء غير العمدية فى الفقه الإسلامى إلى نوعين : أولهما الخطأ والثانى ما جرى مجراه . ويفرقهما أن الفعل فى الخطأ مقصود لفاعله وإن لم يقصد النتيجة التى تولدت عن هذا الفعل ، على حين أن كلا من الفعل ونتيجته غير مقصودين للفاعل فيما جرى مجرى الخطأ . ومن الواضح أن الخطأ العمدى بالغ الخطورة ، ولذا تطلق عليه القوانين الغربية المستمدة من القانون الفرنسى مصطلح : الخطأ الذى لا يغتفر . ويعرفه الشراح بأنه الفعل الذى يتجه إليه قصد فاعله مع تقديره لما يترتب عليه من نتائج ، شريطة ألا يحفز إلى هذا الفعل حافز من ضرورة أو منفعة أو توجيه السلطات المختصة[1] . ويليه فى الخطورة والجسامة كل من الخطأ وما يجرى مجراه على التوالى .

١٣٤ – ويجرى المؤلفون فى قانون الضمان الانجليزى على تقسيم التعديات بالنظر إلى نية الفاعل وموضوع التعدى على النحو التالى :

---

(١) المسئولية المدنية لحسين عامر وزميله ص ١٤٨ .

(أ) التعدى على الأشخاص Torts to persons : ويشمل ذلك التعدى على جسم الإنسان وسمعته وعلاقاته الأسرية . وقد يتخذ هذا التعدى إحدى الصور التالية:

- التهديد Assult .
- إذهاب منفعة عضو من الأعضاء اللازمة لدفاع المرء عن نفسه ، وهي الأطراف أو إنقاص منفعتها ، وهذا هو Mayhem .
- حبس الشخص وتقييد حركته بغير حق False imprisonment .
- الإيذاء المنطوى على اللجوء إلى العنف Battery .
- التعدى على الشرف والسمعة بكتابة ما يروج وينشر بين الناس ويبقى فترة Libel أو بمجرد التلفظ بما ينال من المكانة Slander .

(ب) التعدى على العقارات torts to land . ويتخذ هذا النوع من التعدى إحدى الصور الآتية :

- الدخول إلى أرض الغير دون حق Illegal entry .
- البقاء فيها Remaining on the land أو شغلها بوضع أشياء بغير حق .
- تجاوز المأذون له بالدخول حدود الإذن ، مما يؤدى إلى اعتباره متعديا منذ بداية دخوله Trespass ab initio .
- التعدى على حقوق الارتفاق التى تيسر الانتفاع بالعقار Natural rights and easments .
- الاستيلاء على العقار وشغله وطرد صاحبه منه .

(جـ) التعدى على المنقولات Torts to goods . وذلك بارتكاب أحد الأفعال التالية:

- الإتلاف لمال الغير بفعل مباشر Trespass to goods .
- مجاوزة إذن المالك فى حيازة المنقولات التى استندت حيازتها إلى إذنه Trespass ab initio .
- حبس منقولات الغير والحيلولة بينه وبين حيازتها detention مما يعد تدخلا فى الحيازة لا فى الملك .

- غصب المنقولات والتصرف فيها تصرف الملاك Conversion .

(د) الإهمال negligence ، وهو السلوك مسلكا مخالفا لما يوجبه الحرص والتبصر .

(هـ) الدعوى الكيدية Malicious abuse of legal Process ، وهى من صور السعاية فى الفقه الإسلامى . وتثبت كيدية الدعوى بصدور الحكم لصالح المدعى عليه فى نزاع قضائى ليس له ما يبرره . ويضمن المدعى الذى بدأ مثل هذه الدعوى دون مبرر باعتباره متعديا .

(و) الإخبار الكاذب الضار Injurious Flasehood . ويشمل ما يلى :

- الغش والتدليس والغرور Fraud and deciet .
- الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بالملكية أو الحيازة Slander of title .
- الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بالسمعة التجارية Trade libel ، وكذا فيما يتعلق بحقوق الطبع والنشر Copy rights أو العلامة التجارية Trade mark .

١٣٥ - ويجرى هذا التقسيم للأفعال غير المشروعة بالنظر إلى طبيعتها ونية فاعليها ومحل التعدى فيها مع لحظ نوع الضرر وعلاقته بهذه الأفعال من حيث المباشرة أوالتسبب . ومن جهة أخرى فإن هذا التقسيم يتفق مع مراحل التطور التى عرفها القانون الإنجليزى ، فقد اعترف القانون منذ القرن الثالث عشر الميلادى بالمسئولية فى التعدى المصحوب بالعنف إذا نشأ عنه ضرر مباشر للغير فى ماله أو بدنه ، على حين تأخر اعتراف هذا القانون بالإهمال سببا لقيام المسئولية إلى ما بعد ذلك بقرون عديدة ، فناسب هذا التأخر إفراده عند التناول لتوضيح ظروف نشأته التاريخية والمبادىء الخاصة التى تحكمه . ولعل هذا هو السبب فى افتقار هذا التقسيم إلى الدقة المنطقية والإحكام النظرى ، وخاصة إذا ما قورن بالتقسيم الفقهى .

١٣٦ – أما التقسيم الذى اتبعه الفقهاء المسلمون لموجبات الضمان وأفعاله فقد أوضحه القرافى بقوله : (اعلم أن أسباب الضمان فى الشريعة ثلاثة لا رابع لها « أحدها » العدوان بالمباشرة كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف المتمولات ؛ فمن تعدى فى شىء من ذلك وجب عليه الضمان ، إما المثل إن كان مثليا أو القيمة إن كان مقوما أو غير ذلك من الجوابر . « ثانيها» التسبب للإتلاف ، كحفر البئر فى طريق الحيوان فى غير الأرض المملوكة للحافر ، أو فى أرضه ، لكن حفرها لهذا الغرض ، وكوقد النار قريبا من الزرع أو الأندر (الجرين) فتعدو فتحرق ما جاورها[١] . وكرمى ما يزلق الناس فى الطرقات فيعطب بذلك حيوان أو غيره . وكالكلمة الباطلة[٢] عند ظالم إغراء على مال إنسان ، فإن الظالم إذا أخذ المال بذلك السبب من الكلام ضمنه المتكلم ، وكتقطيع الوثيقة المتضمنة للحق والشهادة به فيضيع الحق بسبب تقطيعها فيضمن عند مالك ذلك الحق لتسببه فيه . وعند الشافعى يضمن ثمن الورقة خاصة فاعتبر الإتلاف دون السبب ، ومالك اعتبرهما معا ، ورأى أنه أتلف الورقة بالمباشرة للإتلاف وأتلف الحق بالتسبب ، فرتب على الوجهين مقتضاهما . وكمن مر على حبالة فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه عند مالك ، لأن صون مال المسلم واجب ، ومن ترك واجبا فى الصون ضمن . وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها . وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها .

(وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفق عليه ، ومنها مختلف فيه . لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان . « ثالثها » وضع اليد التى ليست بمؤتمنة . وقولى ليست بمؤتمنة خير من قولى اليد العادية ، فإن اليد العادية تختص بالسراق والغصاب ونحوهم . وتبقى من الأيدى الموجبة للضمان قبض بغير عدوان ، بل بإذن المالك كقبض المبيع .. بيعا فاسدا ، وكقبض العوارى والرهون التى يغاب عليها كالحلى والسلاح وأنواع العروض ..

---

(١) لاحظ أن المبدأ عند الجمهور هو أن تصرف الإنسان فى ملكه مقيد بعدم الإضرار بغيره .

(٢) قارن ذلك بمفهوم Injurious falsehood فى القانون الانجليزى .

فهذه الأسباب الثلاثة هى أسباب الضمان)[1] ، وهى المباشرة والتسبب والإتلاف . ويتميز هذا القسم باستيعاب الأفعال الموجبة للضمان وبوضوحه من الناحية المنطقية ، وهو لهذا أولى بالقبول .

١٣٧ - ويجب مع ذلك النظر إلى طبيعة الأفعال الموجبة للضمان لاستخلاص سماتها المميزة لها ، ومعانيها الدالة عليها . ويتبين من النظر إلى هذه الأفعال أنها أفعال غير مشروعة تخالف مأذون الشرع ، إما بترك واجب أو ارتكاب فعل محرم أو بالتقصير فى النظر المأمور به شرعا فى فعل المباحات . ومن الواضح أن الأفعال بهذا المعنى تشمل التروك كذلك . ولا يشترط فى هذه الأفعال القصد إلى نتائجها ، إذ المفترض أن يتوقع الشخص العاقل نتيجة أفعاله . والقاعدة الفقهية أن الرضا بالشىء رضا بما يتولد عنه[2] . ومع ذلك فإن التعمد وقصد الإضرار من الأسباب التى قد توجب المسئولية . وهل يشترط توقع الضرر لقيام المسئولية ؟ وما معنى رفع الخطأ والنسيان فى الشريعة مع وجوب الضمان بهما ؟ . وإذا كان تعريف الخطأ أو التعدى بأنه السلوك على خلاف مأذون الشارع لا يفصح عن مضمونه فإن تحرى الإجابة عن هذه الأسئلة من شأنه أن ييسر صياغة معيار عام لضبط ما يوجب الضمان وما لا يوجبه .

١٣٧ - **التعمد والقصد Intention** : لا يشترط تعمد الفعل والضرر أو تعمد الفعل وحده دون الضرر لايجاب الضمان ، إذ الحكم بالضمان من قبيل خطاب الوضع الذى يترتب على سببه ، وهو ارتكاب فعل لم يأذن به الشارع ، لكونه على خلاف الواجب ، أو لحرمته ، لما صحبه من إهمال وتقصير فى النظر المأمور به شرعا . وبهذا فإن سبب الحكم بالضمان هو وقوع حادثة مادية (من فعل أو ترك) اعتبرها الشارع من قبيل الخطأ أو العدوان الموجب للضمان ، دون نظر إلى قصد الفاعل أو نيته أو الباعث Motive الدافع له على ارتكاب هذا الفعل . وبهذا فإن معيار التعدى لا يتعلق بالقصد والنية أو الباعث ، وإنما يتعلق

(١) الفروق للقرافى ٢٠٦/٢ وانظر المعنى نفسه فى ٢٧/٤ - ٣٣ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٤١ والمنثور فى القواعد للزركشى : ١٧٦/٢ .

بالفعل ذاته ، وما فيه من مخالفة لما ألزم به الشارع ، وهو بهذا الاعتبار معيار موضوعى لا ذاتى . ويتضح هذا بالأمثلة التالية :

– رمى سهما إلى هدف فى ملكه أو فى غير ملكه فأصاب إنسانا كان واقفا ضمن الرامى سواء قصد الإصابة أو لم يقصد[1] . ولو أصابه بمقذوف نارى فكذلك .

– ولو انقلب النائم على آخر إلى جواره أو وقع عليه ضمن على الرغم من انتفاء قصده لإهماله وعدم تحرزه[2] .

– لو أوقد نارا فى أرضه أوداره فسرت إلى أرض الجار أو داره ضمن[3] .

– لو ضرب حداد على (حديد محمىّ ، فانتزعت شرارة من ضربه ، فوقعت على ثوب رجل يمر فى الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد . وذكر الناطفى : حداد يجلس فى دكان اتخذ فى حانوته كيرا يعمل به ، والحانوت إلى جانب طريق العامة ، فأوقد الحداد كيره نارا على حديد له ، ثم أخرج حديدة .. وطرقها بمطرقة ، فتطايرما يتطاير من الحديدة المحمَّاة ، وخرج ذلك من حانوته وقتل رجلا ، أو فقأ عين رجل أو أحرق ثوب إنسان أو قتل دابته كان ضمان ما تلف بذلك من المال والدابة فى مال الحداد ، ودية القتيل والعين تكون على عاقلته ، لأن ما طار من دق الحديد وضربه فهو كجنايته بيده لا عن قصده)[4] .

١٣٩ – ويختلف الخطأ الموجب للضمان عن الخطأ الموجب للمسئولية الجنائية وعن الخطأ الخلقى الذى يترتب عليه الإثم ، فالنائم لم يخطىء من الناحية الخلقية ولا يأثم بانقلابه أو وقوعه برغم أن الضمان واجب عليه . وكذلك الحداد الذى تطايرت الشرارة بدقه . أما من يرخص فى سلعته قصدا إلى إحداث الضرر بتاجر آخر يبيعها فإنه آثم بهذا القصد ويعد متعديا بهذه النية ، مع أنه لا يجب عليه الضمان عند الجمهور .

---

(١) مجمع الضمانات : ١٦٥ .
(٢) السابق .
(٣) السابق : ١٦١ .
(٤) السابق .

ويتعلق بعدم اشتراط القصد والنية لوجوب الضمان الإجماع على وجوب الضمان بتعدى الصبى والمجنون والناسى والنائم والغافل ، بناء على كون الحكم بالضمان (من قبيل ربط الأحكام بالأسباب . وذلك مما لا ينكر)[1] بتعبير الإمام الغزالى . والأهلية التى تشترط للحكم بالضمان هى أهلية الوجوب . ولذا يجب الضمان فى ذمة الصبى والمجنون ومن فى حكمهما ممن فقدوا أهلية الاداء ، على اعتبار أنهم ملزمون بما (يتعلق بحقوق العباد من الغرامات والتعويضات لأن المقصود هو المال ، وأداؤه مما يحتمل النيابة)[2] . غير أنه لا يجب عليهم ما يتعلق بحقوق الله تعالى من العقوبات كالقصاص ولا الأجزية كحرمان الميراث بالقتل[3] ، لأن أفعالهم ليست جنايات ، للنقص فى القصد والنية أو الجانب المعنوى للجريمة .

١٤٠ - وعلى الرغم من وضوح اعتبار الخطأ والاهمال والتقصير فى وجوب الضمان فقد أخطأ القائمون على مجلة الأحكام العدلية خطأ جوهريا فى فهم الأصول العامة للضمان ، حين نصوا على اشتراط التعمد فى التسبب لإيجاب الضمان . فقد جاء فى المادة (٩٢) من هذه المجلة أن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد) ، وفى المادة (٩٣) أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد) . ويفيد الحصر بالنفى وإلا فى المادة الأخيرة أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ، وهو خلاف ما يدل عليه واجب العناية بحقوق الغير فى الشريعة ، كما أنه يناقض الحكم بالضمان فى كثير من الفروع الفقهية التي ذكرها علماء المذهب الحنفى أنفسهم ، كما فى ضمان الحداد والموقد للنار فى ملكه مما سبق ذكره قبل قليل .

وهناك احتمالان فى تفسير سبب الوقوع فى هذا الخطأ :

أولهما : متابعة خطأ كتابى وقع فى بعض الكتب السابقة ، كأشباه ابن نجيم التى وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ : (المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب

---

(١) المستصفى : ٨٤/١ .
(٢) التوضيح : ٧٥٤/٢ .
(٣) السابق .

لا ، إلا إذا كان متعمدا)[1] . ومع ذلك فقد تعاقب شراح المجلة على ترديد الخطأ نفسه ، دون تقدير منهم لآثاره على مفهوم الضمان وتناقضه مع ما أوردوه هم من فروع[2] .

والثانى : متابعة خطأ وقع فيه بعض المتقدمين فى تفسير مذهب الإمام أبى حنيفة فى تضمين المتسبب ، خاصة وأن إمام المذهب لا يرى تضمين المتسبب إلا فى تلك الأحوال التى يبلغ الخطأ فيها من الجسامة مبلغا يقربه من العمد .

وسواء وقع هذا الخطأ مجاراة لخطأ كتابى أو علمى فإن هذه القاعدة تجب قراءتها على أن المتسبب لا يضمن (إلا إذا كان متعديا)[3] طبقا لما ورد فى مجمع الضمانات .

١٤١/أ - وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الإنجليزى كان ينظر إلى النية باعتبارها أحد أركان التعدى فى بعض أنواع الضمان ، وخاصة ضمان الغرور والغش Fraud, deciet والدعوى الكيدية Malicious prosecution والتشهير Defamation . وكان على المتضرر لذلك أن يثبت سوء نية المدعى عليه فى هذه التعديات . لكن تضاءل دور النية فى المسئولية التقصيرية فى هذا القانون بعد أن اعترف بالإهمال سببا مستقلا لقيام هذه المسئولية .

١٤١ - **الإدراك والتمييز** : لا يشترط الفقهاء تمييز المتسبب فى الضرر أو إدراكه لوجوب الضمان ، فالصبى مميزا أو غير مميز يجب الضمان بفعله ، وكذا المعتوه والمجنون ، (لأن المقصود هو المال ، وأداؤه يحتمل النيابة)[4] بأن يقوم عنه الولى بذلك . والنظر فى الفقه الإسلامى إلى التعدى باعتباره واقعة مادية أنتجت الضرر فيتحمله المتعدى جبرا لهذا الضرر ورفعا له . ولا يشترط لأهلية

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٢٨٤ .

(٢) راجع على سبيل المثال : شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٦٠ ولعلى حيدر ص ٨٢ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٤٦ ، ١٦٥ .

(٤) A History of English law, Holdsworth vol. VIII p.422 .

(٥) التوضيح ٢/٧٥٤ والإحكام للآمدى ١/١٣٩ .

الضمان إلا أهلية الوجوب وإن بدا من بعض الأمثلة الفقهية اشتراط أهلية التملك لوجوب الضمان فى الذمة ، ولذا يجب على الصبى ومن فى حكمه لأهلية التملك ، بخلاف الرقيق الذى ليست له أهلية التملك ، فإن مسئوليته المالية فى رقبته[1] .

وتبعا لهذا يذهب جمهور الفقهاء إلى ضمان الصغير والمجنون والمعتوه ما يفسدونه من أموال غيرهم ، وإن لم يكن لهم مال فنظرة إلى ميسرة[2] ، ولا يتحمل أولياؤهم عنهم شيئا مما وجب فى ذمتهم . أما جناياتهم فالعمد والخطأ فيها سواء ، ولا يجب عليهم القصاص ، وإنما تجب الدية على عواقلهم مثلما هو الحال فى جنايات البالغ العاقل .

١٤٣ – وقد نص الفقهاء على ذلك : ففى المذهب الحنفى (لو أن طفلا ابن يوم انقلب على قارورة فكسرها لزمه الضمان)[3] . وفى مجلة الأحكام العدلية أن الضمان على الصبى إذا أتلف مال الغير وإن لم يكن مميزا[4] . وهو مذهب المالكية ، فعندهم أن ضمان المتلفات لا يختلف باختلاف أحوال الناس[5] . وعن مالك أن جناية المجنون أو الصبى خطأ تحمله العاقلة إذا بلغ الثلث ، فإن كان أقل من الثلث ففى أموالهما ، وإن لم يكن لهم مال كان ذلك دينا عليهما[6] . وفى رواية فى المذهب الحنبلى أنه (إذا وجب على الصبى شىء ، ولم يكن له مال حمله عنه أبوه .. وروى ذلك عن ابن عباس .. وفى الرواية الأخرى وهو قول الأكثرين أنه فى ذمته وليس على أبيه شىء)[7] .

ومن هنا فإنه لا خلاف بين الفقهاء على ضمان الصغير والمجنون ما يتسبب فيه فعلهما من إضرار بالغير، وأنه يتحمل هذا الواجب فى ذمته ، لأهليته للضمان ، ويؤديه عنه وليه ، باعتباره نائبا عنه فى أداء الواجبات التى يشترط

---

(١) مجمع الضمانات ١٩٤ وما بعدها .
(٢) السابق : ١٧٠ .
(٣) السابق : ١٤٦ والأشباه لابن نجيم ٧٨/٢ والتوضيح ٧٣٣/٢ ، ٧٥٤ ، ٧٦٢ .
(٤) مادة ٩٦٠ من المجلة .
(٥) الفروق للقرافى ١١/٤ .
(٦) حاشية الدسوقى ٤٤٣/٣ .
(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية : ١٥٩/٣٤ .

العقل والتمييز لأدائها . والخلاف فيما إذا كان الصغير أو المجنون معسرا ، فمذهب الجمهور الإنظار بالأداء إلى حين ميسرة ، كما هو الحال فى الوفاء بالحقوق الأخرى . وفى رواية فى المذهب الحنبلى أن الولى هو الذى يتحمل الواجب على الصبى أو المجنون إن كانا معسرين . وليس إلقاء الضمان على الولى فى هذه الحالة لمكان التعدى ، بل هو للمصلحة وحفظ الأموال وتعويض المتضرر ، مما هو من جنس تضمين الصناع والأجراء المشتركين . وفى ذلك يفيد الضمان الواقع على الولى مفهوم أداء الواجب ، وهو التعويض ، لا معنى المسئولية ، التى ترتبط بمناطها وهو التعدى[1] .

١٤٤ – ولعل هذا هو أساس ما أخذ به مشروع القانون المدنى المصرى طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، فقد جاء فى المادة ١٦٩ أن (كل فعل سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولو كان غير مميز) . وجاء فى المادة ١٧٠ أنه (إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول على التعويض من ماله جاز للقاضى أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض) . ذلك أن النص العام (مادة ١٦٩) ينيط المسئولية بالتعدى ، سواء كان المتعدى مميزا أو غير مميز . أما المادة الأخيرة فتوجب الضمان بمعنى أداء الواجب والوفاء به على ولى القاصر إذا لم يكن له مال أو تعذر الحصول على ما يوجبه الضمان منه .

ويشبه استقرار الضمان بمعنى المسئولية على المخطىء أو المتعدى وإيجاب الضمان ، بمعنى وجوب الوفاء بالتعويض ، على الولى إلقاء المسئولية على المخطىء فى الجنايات على النفس وما دونها وإيجاب الدية والأروش على العاقلة . ولعل غياب هذا المعنى هو الذى صرف علماء المذهب الحنبلى عن متابعة رواية إيجاب الضمان على الولى التى استند إليها المشروع المذكور وقد تابع القانون المدنى الأردنى الصادر ١٩٧٦ أحكام الشريعة الإسلامية فى عدم اشتراط التمييز لإيجاب الضمان[2] .

---

(١) راجع مفهوم الضمان فيما سبق ، وإطلاقه بمعنى المسئولية والتحمل أو إطلاقه بمعنى أداء الواجب وهو التعويض والوفاء به .

(٢) تنص المادة ٢٥٦ من هذا القانون على أن (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) .

١٤٥ - ويشير سالمند Salmod إلى مسئولية القاصر فى القانون الانجليزى عن الأضرار التى يتسبب فيها لغيره فى الأنفس والأموال ، كالبالغ سواء بسواء[١] . ويتجه أصحاب النزعة الموضوعية أو المادية فى التفكير القانونى اللاتينى إلى التفريق بين المسئوليتين المدنية والجنائية ، بحيث يشترط الإدراك والتمييز لقيام المسئولية الجنائية وحدها دون المسئولية المدنية التى لا يشترط هذا الشرط لقيامها . ويفسر أصحاب هذا الاتجاه التعدى بأنه مجرد الانحراف عن السلوك المعتاد ، دون نظر إلى الظروف الداخلية الخاصة بالمعتدى[٢] .

١٤٦ - وتتجه القوانين المطبقة فى العالم العربى وجهة مغايرة تقوم فى أساسها على الخلط بين المسئوليتين المدنية والجنائية . ذلك أن الصبى والمجنون والمعتوه كان ينظر إليهم باعتبارهم مسئولين عن أفعالهم مدنيا وجنائيا . ثم ارتقى التفكير القانونى فأصبح يشترط للمسئولية قيام ركن الإدراك والتمييز . واعتبر إعفاء عديم التمييز من المسئولية الجنائية والمدنية (معا خطوة خطاها القانون إلى الإمام)[٣] . ويمثل القانون المدنى المصرى هذا الاتجاه عندما نص فى مادته ١٦٤ على أنه لا ينشأ الخطأ إلا بقيام ركنين ، أولهما : التعدى بارتكاب فعل غير مشروع . والثانى : الإدراك والتمييز : ونص هذه المادة :

١ - يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة التى صدرت منه وهو مميز

٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم .

ويكشف أدنى قدر من التأمل ما بين فقرتين المادة المذكورة من تعارض يبلغ مبلغ التناقض ؛ إذ تشترط الفقرة الأولى التمييز لقيام المسئولية ، على حين تقضى الفقرة الثانية بمسئولية غير المميز إن لم يكن له ولى أو وصى ، أو وجد

---

(١) The Law of Torts, Sir John salmond, 5th edition p.71 .

(٢) الوسيط للسنهورى : ٧٨٥/١ .

(٣) الوسيط للسنهورى : ٧٩٦/١ .

أحدهما وتعذر الحصول على التعويض منه . ويحاول الدكتور عبد الرزاق السنهورى حل هذا التناقض بإقامة مسئولية غير المميز فى هذه الأحوال على أساس مبدأ تحمل التبعة لا على أساس الخطأ . ومع ذلك فإن الحل الذى أخذه المشروع المشار إليه من أحكام الفقه الإسلامى أوفى بالمقصود وأقرب إلى المنطق والحاصل أن الإدراك والتمييز ليسا بشرط لإيجاب الضمان ، فالمميز وغير المميز فى ذلك سواء . لكن غير المميز المعسر يطالب عنه وليه بما وجب فى ذمته ، مراعاة لحق المتضرر .

١٤٧ — توقع الضرر : لا يشترط كذلك توقع الضرر Forseeability لإيجاب الضمان فى الفقه الإسلامى ، لما تقدم من أن الضمان حكم وضعى يترتب على سببه وهو التعدى . وهذا واضح فى التعدى بالمباشرة من جهة أن على الفاعل أن يتوقع النتائج المحتملة لفعله . ويفترض فى الفقه لذلك أن الرضا بالفعل رضا بما يتولد عنه هذا الفعل . أما فى التعدى بالتسبب فإنه لا يشترط توقع الضرر للحكم بالضمان . غير أن توقع الضرر من فعل ما والإقدام على الفعل الذى يسببه من شأنه إيجاب الضمان فى أحوال خاصة . وفيما يلى بعض الأمثلة الدالة على ذلك :

— فى مجمع الضمانات : (رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار فى حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعه لا يضمن ، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره ، لأنه إذا علم كان قاصدا إحراق زرع الغير . قالوا : إن كان زرع غيره يبعد عن حصائده التى أحرقها ، وكان يأمن أن يحترق زرع جاره ولا يطير شىء من ناره إلا شرارة أو شرارتان ، فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره فانحرق زرع الجار وكنّه لا يضمن . فإذا كان أرض جاره قريبا من أرضه بأن كان الزرعان ملتصقين أو قريبين من الالتصاق على وجه أن ناره تصل إلى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار . وكذلك رجل له قطن فى أرضه وأرض جاره لاصقة بأرضه فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن فأحرقت ذلك القطن كان ضمان القطن

على الذى أوقد النار ، لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كأن قاصدا إحراق القطن)[1] .

وفى هذه الأحوال إنما يضمن الموقد للنار ما أحرقته من زرع جاره ومتاعه إذا توقع انتقال النار وإتلافها لمال الغير ، لأنه بتوقعه هذا وإشعاله النار فى أرضه يعد قاصدا إحراق مال الغير ومتاعه فيجب عليه ضمان ما قصده . وكذلك يجب الضمان إذا لم يتوقع ما كان يجب عليه أن يتوقعه . وهذا هو المقصود بيانه من افتراض (التصاق أرض الجار بأرض الموقد للنار) على وجه أن ناره تصل إلى زرع غيره ، لأنه كان على الموقد للنار فى هذه الحال أن يتوقع انتقال النار ، فإذا لم يتوقع المرء ما يجب على الإنسان العادى أن يتوقعه وجب عليه الضمان لإهماله .

— وفى جامع الفصولين أن من وضع شيئا فى الطريق فنفرت منه دابة لا يضمن لو لم يصبها ذلك الشىء[2] . والوجه أنه لا يضمن لأن نفور الدواب من وضع شىء على جانب من الطريق أمر غير متوقع ونادر فلا يجب الضمان لذلك .

— لو صاح بطفل كان يسير على مرتفع فسقط وأصيب من سقطته ضمن الصائح ، بخلاف ما لو أصيب بذلك رجل ، حيث لا يضمن الصائح ، لأنه كان عليه أن يتوقع وقوع الطفل دون الرجل . ولو صاح بدابة ففزعت وألقت بنفسها فى الماء وغرقت[3] ضمن كذلك ، للسبب نفسه .

— فى المبدع أنه لو أعد طبيخا ذا رائحة معينة ، وفى محل إعداده امرأة حامل يعلم الطابخ أنها تتأثر من هذه الرائحة فاضطرب جنينها وألقته ضمن ، لأنه بعلمه بتأثرها يكون قد توقع الضرر وقصده فيضمن لهذا[4] .

١٤٨ — وإنما يعمل معيار توقع الضرر كذلك لتقييد الأضرار المضمونة بالأضرار المتوقعة فى العادة أو فى الغالب ، أما الأضرار التى لا تترتب على فعل

---

(١) ص : ١٦١ .

(٢) جامع الفصولية لابن سماوة ١٢٢/١ . (٣) المبدع : ٣٤٢/٨ .

بعينه إلا نادرا فلا توجب الضمان ، إذ النادر لا حكم له فى منصوص القاعدة الفقهية ، وفيما أشار إليه الشاطبى عند شرحه لمبادىء الضمان الناشىء عن استعمال الحقوق وفعل المباحات[1] . وينطبق ذلك على التعدى بالمباشرة والتسبب على السواء . وبهذا فإن لهذا الضابط وجهين :

أولهما : تقييد الأضرار المضمونة فى المباشرة والتسبب بما هو متوقع عادة من فعل التعدى .

– والثانى : اعتبار العمل على خلافه منشئا للتعدى بالتسبب ، فمن يعلم أو يتوقع نتيجة معينه لفعله ، ولا يتجنب هذه النتيجة ، يكون قاصداً لها ، ويعد متعديا بهذا القصد .

١٤٩ – مخالفة الإذن : لا يشترط الإدراك والتمييز والنيه وتوقع الضرر فى الفاعل لاعتبار الفعل من التعدى الموجب للضمان فيما اتضح من الملاحظات السابقة . وإنما يعد الفعل من التعدى الموجب للضمان بالنظر إلى الأوصاف الموضوعية للفعل نفسه وكونه : ١ – إما على خلاف الطلب الجازم للشرع كارتكاب محرم أو ترك واجب . ٢ – وإما على خلاف المعتاد من التبصر والتحوط فى فعل المباحات . وأفصل فيما يلى معيار التعدى الخاص بمخالفة الإذن أو الطلب الشرعى الجازم للفعل أداء أو كفا .

١٥٠ – من الواضح أن الفعل الموافق لمطلوب الشارع على سبيل الوجوب أو التحريم لا ينشىء الضمان . ولذلك تنص القاعدة الفقهية على أن (الواجب لا يتقيد بوصف السلامة) . فلو قضى القاضى بالقتل أو الضرب أو القطع وفقا لما تقضى به الأدلة الشرعية لم يجب عليه ضمان . ولو أذن لطبيب فى إجراء جراحة له فأجراها الطبيب على الوجه المعتاد ووفقا لما توجبه رسوم المهنة وأصولها لم يجب عليه الضمان[2] .

أما الفعل المخالف لما أوجبه الشارع أو حرمه فإنه يوجب ضمان ما يترتب

---

(١) الشاطبى : الموافقات : ٢/٣٤٩ وما بعدها .

(٢) مجمع الضمانات : ٤٨ .

عليه من ضرر . من ذلك أن من يتلف مال غيره أو يأخذه بغير حق يعد متعديا ويجب عليه الضمان . ومن يترك إنقاذ مال غيره المعرض للخطر ، وهو قادر على ذلك ، وجب عليه الضمان ، لتركه ما وجب عليه من صون مال أخيه المسلم . والمعلم للسباحة يجب عليه اتخاذ ما يلزم من التدابير للحفاظ على تلميذه ويضمن لو قصر فى ذلك ، لمخالفته ما وجب عليه بالعقد . وكذلك المودَع إذا قصر فى حفظ الوديعة كان ضامنا كما تقدم . وقد أغرم عمر بن الخطاب رضى الله عنه حاطب بن أبى بلتعة لتعديه بتجويع غلمانه ، مما ألجأهم إلى أخذ ناقة المزنى ونحرها[1] .

١٥١ – وإذا كان ترك الواجب أو ارتكاب المحرم مما يوجب الضمان بذاته فإن الفعل المباح شرعا لا يوجب الضمان إلا إذا اشتمل على مخالفة ما يوجبه الشارع من التبصر والتحوط . وهذا هو ما تفيده كل من قاعدة « الجواز الشرعى ينافى الضمان »[2] وقاعدة تقيد المباح بوصف السلامة[3] . ويوضح ابن نجيم هذه القاعدة الأخيرة بأنه (لو قطع المقطوع يد قاطعه فسرت ضمن الدية ، لأنه مباح فيتقيد . وضمن لو عزر زوجته فماتت ، ومنه المرور فى الطريق مقيد بها . ومنه ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصى تأديبا لكونه مباحا . ومحله فى الضرب المعتاد . أما غيره فموجب للضمان فى الكل)[4] .

وبهذا فإن فعل المباح يوجب الضمان إذا أدى إلى الضرر بشرطين :

أولهما : مجاوزة المعتاد .

والثانى : إمكان التحرز عن الضرر ، فإن تقيد المباح بوصف السلامة يفيد وجوب ضمان أى ضرر ينشأ عن استعمال المباح . لكن هذه القاعدة مقيدة بقاعدة نفى الضمان إذا لم يمكن التحرز عن الضرر .

وتدل شواهد فقهية كثيرة على ضبط إمكان التحرز عن الضرر بمراعاة

---

(١) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا ١٢/٢٤٠ .

(٢) المادة ٩١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٩ وما بعدها .

(٤) السابق ص ٢٩٠ .

المعتاد بين الناس ، بخلاف مالو صرف إمكان التحرز إلى الإمكان العقلى الذى يؤدى إلى الحكم بضمان جميع الأضرار الناشئة عن ممارسة المباحات ، وهو مالم يقل به أحد من الفقهاء . وبذا يرتد مفهوم التعدى فى هذين الموضعين إلى معيار واحد ، هو مجاوزة المعتاد والسلوك مسلكا مخالفا لمألوف الناس وأعرافهم .

١٥٢ – مجاوزة المعتاد : الخطأ أو التعدى الموجب للضمان هو السلوك مسلكا مخالفا لما ألزم به الشارع ، سواء بترك الواجب أو ارتكاب المحرم ، أو بعدم التحوط والتبصر فى أداء المباحات . ولا إشكال فى ضبط الخطأ أو التعدى بترك واجب أو فعل محرم ، لأن مرجعه هو الأحكام الشرعية ، وإنما الإشكال فى ضبط مدى التحوط الواجب فى ممارسة المباحات ، لاختلافه من موقف إلى آخر باختلاف الظروف والعوامل التى ينبغى اعتبارها للحكم بالتقصير والإهمال . وقد أحال الفقهاء ضبط ما أوجبه الشارع من تحوط وتبصر إلى أعراف الناس وعاداتهم فى التعامل والسلوك بناء على ماتقضى به قواعد إعمال العرف . ويعنى ذلك أن مخالفة العرف وما اعتاد الناس وألفوه فى استعمال الحقوق – وفى أداء الواجبات كذلك – يَنْسِبُ الفاعل إلى الخطأ أو التقصير الذى يوجب الضمان . وبذلك فإن ضابط الخطأ هو مخالفة الحكم الشرعى (فى ترك الواجب وفعل المحرم) أو مخالفة المعتاد فى فعل المباحات .

ويستند معيار مخالفة المعتاد إلى ما أوجبه الشارع من تحوط وتبصر ، منعا للإضرار بما منعه الشارع وحماه من مصالح . وهذا هو معنى تقييد فعل المباح بوصف السلامة فى منصوص القاعدة الفقهية ، وتخصيص الوصف المقيد بتلك الأضرار التى يمكن التحرز عنها حسبما تقدم . وتفريعا على ذلك فإن الأم تضمن لو تركت ولدها الذى يحتاج إلى الحفظ والرعاية ، ويضمن الزوج لو كانت زوجته مريضة ، وتركها دون رعاية . أما إذا لم يقم على الزوج واجب الحفظ كما إذا تركت بيت الزوجية ، أو كانت صحيحة وحدث لها شىء فإنه لا يضمن ، حسبما جاء ذكره فيما سبق . وكذلك لو كان ماشيا فى الطريق فسقط إنسان عليه ،

ومات منه فلا ضمان لأنه (لا يجب عليه التحرز عن سقوط غيره عليه)[1] . ولا يضمن راكب الدابة ما نفحت برجلها أو ذنبها لأنه لا يعد مقصرا فى ذلك ، وإنما يضمن (ما وطئت الدابة وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت أو صدمت)[2] لأنه يعد مقصرا ومخالفا لمأمور الشارع فى العناية بسلامة الغير – ولو أن الدابة (أثارت غبارا أو حجرًا صغيرا ففقأت عين إنسان أو أفسدت ثوبه لم يضمن . وإن كان حجرا كبيرا ضمن . وقيل لو عنف فى الدابة ضمن ذلك كله)[3] ، وذلك لتقصيره فى النظر المأمور به شرعا ، ومجاوزته المألوف فى السير . ولا يضمن إذا لم يخالف ذلك ، كما لو أثارت حصى صغيرا أو غبارا ، حيث لا يجب عليه توقى ذلك ، أما لو أثارت فى سيرها حجرا كبيرا فإنه يضمن الضرر لوجوب توقى هذا الحجر الذى يسهل التعرف عليه وتفاديه .

١٥٣ – ويستند هذا المعيار من الناحية الأصولية إلى مسألة الحكم على المباح بالحرمة إذا صحبه قصد الإضرار أو كان يؤدى إلى الإضرار عادة أو غالبا ، فإن لزوم المضرة للغير من هذا العمل فى العادة أو فى الغالب ينقله من الحكم بالإباحة إلى الحرمة ، لأن الفاعل بتوخيه (لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين ، إما تقصير فى النظر المأمور وذلك ممنوع ، وإما مظنة قصده إلى نفس الإضرار ، وهو ممنوع أيضا .. لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ، ويضمن ضمان المتعدى على الجملة)[4] .

١٥٤ – ويتفق المعيار الفقهى (مجاوزة المألوف) مع نظيره الانجليزى "Reasonableness"[5] الذى يعنى وجوب التزام سلوك الرجل العاقل وقيام الخطأ بمخالفة هذا السلوك . ولا يخرج المعيار الذى أخذ به القانون الفرنسى لقياس

---

(١) مجمع الضمانات : ١٦٥ .

(٢) السابق : ١٨٥ .

(٣) السابق .

(٤) الموافقات للشاطبى : ٣٥/٢ وما بعدها .

(٥) Tort Law, Dias P.40, 56 .

الخطأ عن المعيار الفقهى ، وإن استخدم هذا القانون فى التعبير عن ذلك مصطلح (الرجل المعتاد) و (الرجل الحريص) . ويرجع الاتفاق بين هذه النظم فى المعيار الذى اعترفت به لقياس الخطأ إلى المفهوم الذى خلعته على هذا المعيار وإلى أساسه القانونى الذى يقوم عليه ، وهو واجب العناية The duty care القاضى بأن على الفرد أن يتبصر فى سلوكه حتى لا يضر بغيره ، وأن من ترك واجبا فى صون حقوق غيره يضمن .

ويفيد معيار مجاوزة المألوف من الناحية العملية أنه لا يجب على المتضرر إثبات تعمد المخطىء أو عدم يقظته أو غفلته أثناء خطئه ، وإنما يكفيه إثبات مخالفة فعله لمألوف الناس وعاداتهم فى أدائهم لمثل هذا الفعل ، فرش الطريق على نحو أدى إلى الزلق ورى الأرض على نحو أدى إلى تسرب الماء لأرض الجار وإفساد ما فيها مما يوجب الضمان بمجاوزة المألوف ، لا باعتبار أن الفعل فى ذاته خطأ أو محرم فى الشريعة .

١٥٥ – رفع الخطأ والنسيان : لا ينافى الحكم بالضمان عند التقصير أو الإهمال مقتضى قوله ﷺ (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان) ، فإن المرفوع هو الإثم واللوم والعقوبة الحدية لا الحكم بالضمان . وهذا هو ما عنى الفقهاء المسلمون بالإشارة إليه يذكر صدر الشريعة أن الخطأ هو (أن يفعل فعلا من غير أن يقصده قصدا تاما ، كما إذا رمى صيدا فأصاب إنسانا ، فإنه قصد الرمى ، لكن لم يقصد به الإنسان ، فوجد قصد غير تام ، وهو يصلح عذرا فى سقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد ، ويصلح شبهة فى العقوبة حتى لا يأثم إثم القتل ، ولا يؤاخذ بحد أو قصاص لأنه جزاء كامل فلا يجب على المعذور وليس بعذر وليس بعذر فى حقوق العباد حتى يجب ضمان العدوان ، لأنه جزاء مال لا جزاء فعل ، ويصلح – أى الخطأ – مخففا لما هو صلة لم تقابل مالا[1] ووجبت بالفعل كالدية)[2] .

---

(١) الوسيط للسنهورى : ٧٧٩/١ .

(٢) التوضيح : ٨١٧/٢ .

ويضبط الفخر الرازى الأحوال التى لا يعذر فيها المخطىء والناسى بمعيار (ترك التحفظ والإعراض عن أسباب التذكر)[1] . ويرجع إلى ذلك صحة طلب الغفران بالدعاء فى قوله تعالى ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ ، من جهة أن المخطىء والناسى مقصر وأن التقصير يوجب الإثم فحق للمقصر طلب المغفرة وعدم المؤاخذة .

١٥٥ — ويقسم الأحناف النسيان إلى قسمين بالنظر إلى التقصير : أولهما ما يعد عذرا مانعا من التكليف ، وذلك إذا لم يوجد أمر مذكر ينسب الناسى إلى التقصير ، وذلك كالأكل فى رمضان . والثانى ما لا يعد عذرا وينسب الناسى إلى التقصير ، كما إذا توافرت دواعى التذكير ، وذلك كالأكل فى الصلاة ، فإن قيامه لها وانشغاله بأفعالها مما يستدعى عدم نسيانها ، فإذا نسى كان مقصرا . وهذا فى التكليف . أما فى الوجوب وخطاب الوضع فإن النسيان لا ينافى ذلك . يقول صدر الشريعة : (النسيان لا ينافى الوجوب . لكنه لما كان من جهة صاحب الشرع يكون عذرا فى حقه غالبا لا فى حق العباد . وهو إما أن يقع فيه المرء بتقصير كالأكل فى الصلاة مثلا ، فإن حالها مذكرة . وإما ألا يكون بتقصيره كالأكل فى الصوم)[2] وقد أخذ الشافعية وغيرهم بهذا التقسيم وإن اختلفوا مع الأحناف فى تطبيقه[3] .

ويبين المراغى وجه اعتبار الناسى مقصرا بقوله : (النسيان قد يكون من عدم العناية بالشىء وترك إجالة الفكر فيه ليستقر فى النفس . ومن ثم ينسى المرء ما لا يهمه ، ويحفظ ما يهمه . ويؤاخذ الناس بعضهم بعضا بالنسيان ، ولا سيما نسيان الأدنى لما يأمره به الأعلى ، فإنه إن لم يفعل ما يأمره به نسيانا رماه بالإهمال والتقصير وآخذه على ذلك . وكذلك الخطأ ينشأ من التساهل وعدم الاحتياط والتروى . ومن ثم أوجبت الشريعة الضمان فى إتلاف الشىء خطأ ، فإذا رمى امرؤ صيدا فأخطأ وأصاب إنسانا فقتله أوخذ به فى الشريعة والقوانين

(١) التفسير الكبير للفخر الرازى : ١٥٥/٧ .
(٢) التوضيح : ٧٦٣/٢ .
(٣) المنثور فى القواعد للزركشى : ٢٧٤/٣ .

الوضعية . وبهذا تعلم أن المؤاخذة على الخطأ مما جاءت به الشريعة وجرى عليه العرف فى المعاملات والقوانين . ولو لم يكن كل منها (الناسى والمخطىء) مقصرا ما جاز هذا وما حسن[1] .

١٥٧ – والمرجع فى النسيان الذى يعد من التقصير والذى لا يعد هو العرف ، لأنه هو الذى تعلق به الضمان واعتبار الفعل من التعدى . ويلفت النظر فى ذلك عبارة صاحب مجمع الضمانات : (المودَع إذا ربط سلسلة على باب خزائنه فى خان بحبل ولم يقفله ، فخرج فسرقت وديعته ، قالوا : إن عد هذا إغفالا وإهمالا كان ضامنا وإلا فلا)[2] .

١٥٨ – أنواع الخطأ : يتنوع الخطأ بالنظر للحكم الشرعى للفعل إلى الأقسام التالية :

١ – ترك واجب ألزم به الشارع ، كالصبى غير المميز الذى يحتاج إلى الحفظ إذا تركته الأم وخرجت فوقع من علو ومات فإنها تضمنه ، لتسببها فى موته بمخالفة ما أوجبه الشارع عليها من العناية به . والأمر كذلك فى امرأة تصرع أحيانا فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع فى ماء أو نار ، وهى فى منزل الزوج فعليه حفظها . ويضمن إذا ألقت نفسها أثناء الصرع فى ماء أو نار . وكذا الصغيرة التى تحتاج إلى الحفظ)[3] . ويضمن كذلك من أطلق كلبا عقورا أو دابة رفوسا أو عضوضا على الناس فى طرقهم ومصاطبهم ورحابهم إذا تلف بذلك مال أو نفس ، لتفريط صاحبها وإهماله بترك ما أوجبه الشارع من العناية والتبصر . وكذا إذا كان له طائر جارح كالصقر والبازى فإنه يضمن ما يفسده من طيور الناس وحيواناتهم ، لأن الشارع أوجب عدم إطلاق الحيوانات الضارية والطيور الجارحة لإضرارها[4] ، ومسئولية أصحابهم عنها مسئولية مطلقة Strict Liability ومن جنس ترك

(١) تفسير المراغى : ٨٦/٣ وانظر هذا المعنى فى تفسير القرطبى ٤٣٢/٣ وتفسير البحر المحيط لأبى حيان ٣٢٠/٣ وفتح القدير للشوكانى ٤٩٨/١ والميزان فى تفسير القرآن للطباطبائى ٣٩/٥ .

(٢) مجمع الضمانات ٧٥ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٣٥٢/٢ ، ٣٥٥ .

(٣) معين الحكام للطرابلسى ٢٠٧ .

الواجبات المنشىء للضمان (كتم ما يجب بيانه كالبائع المدلس فى المبيع بإخفاء عيب ونحوه والمؤجر المدلس والناكح المدلس وغيرهم من المعاملين إذا دلّس . وكذا الشاهد والمخبر الواجب عليه الإخبار بما علمه من نحو نجاسة شىء ، والمفتى والحاكم ونحوهم ، فإن كتمان الحق سبب للضمان . وعلى هذا لو كتما شهادة كتمانا أبطلا به حق مسلم ضمناه ، مثل أن يكون عليه حق ببينة ، وقد أداه حقه له ، أى المؤدى لما كان عليه ، ببينة بالأداء ، فتكتما الشهادة (أى شاهدا الأداء) حتى يغرم ذلك الحق)[1] ، فإنهما يضمنان . وإن استؤجر مدرب لتعليم شخص السباحة فغرق المتعلم ضمن المدرب (إن غفل عنه أو لم يشد ما يسبحه عليه شدا جيدا أو جعله فى ماء كثير جار أو واقف لا يحمله أو عميق معروف بالغرق)[2] . ولو ترك واجب التنبيه للغير فتسبب عن ذلك ضرر لزمه الضمان . وذلك كما لو حمل حطبا ، وخرق به ثوبا ، فإن كان صاحب الثوب مستدبرا وصاح به حامل الحطب منبها له بالانحراف إلى موضع يمكنه الانحراف إليه ولم يفعل فلا ضمان . وإن لم ينبه وهو مستدبر ضمنه . وكالمستدبر الأعمى إذا لم ينبهه حامل الحطب أو لم يكن فى إمكان الأعمى الانحراف إلى موضع آخر بعد تنبيهه ، فإن المتسبب يضمن للأعمى ما تخرق من ثوبه وما أصابه — من ذلك[3] .

ويشمل الترك بذلك ترك واجب التبصر والتحوط وترك فعل ألزم به الشارع كأداء الشهادة . ولا يشترط فى الخطأ لاعتباره موجبا للضمان إن يكون فعلا ، بل يمكن أن يكون تركا أو كفا Omission . وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الانجليزى لم يعترف بالترك سببًا لايجاب التعويض وقيام ركن التعدى إلا فى مرحلة متأخرة نسبيا .

٢ — ارتكاب فعل محرم ، كالكذب فى الشهادة وغصب مال الغير وإتلافه بمباشرة أو بتسبب إذا حرم الشارع هذا الفعل . فلو كان لرجل نوبة ماء فى يوم

---

(١) السابق .
(٢) كشاف القناع : ١٧/٦ .

معين من الأسبوع فجاء رجل آخر وسقى أرضه فى نوبة الأول .. ذكر الشيخ على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا . ويبدو أن هناك رأيا آخر فى المذهب الحنفى يقضى بعدم الضمان إذا لم يتدخل المتعدى فى مال الغير على نحو مباشر ، فقد قيل بعدم الضمان فى رجل أراد سقى أرضه أو زرعه من مجرى له ، فجاء رجل ومنعه الما ففسد زرعه . وقاسوا ذلك على ما لو منع أحد الراعى حتى ضاعت المواشى[1] . وهذا الخلاف فى الحكم بالضمان بناء على الحيلولة ومنع المالك من تعهد ماله فى المذهب الشافعى كذلك ، فقد جاء فى نهاية المحتاج أنه إن أراد سوق الماء إلى أرضه فمنعه ظالم من السقى لم يضمن ، وصحح بعضهم الضمان[2] . والمذهب المالكى أنه لا فرق بين التسبب بالحيلولة فى إتلاف المال وبين التسبب بغيرها فى إيجاب الضمان ، فمن حبس المتاع عن ربه حتى أخذه لص كان ضامنا ، ويرجع على السارق[3] . ومن جنس الخطأ الناشىء عن ارتكاب فعل حرمه الشرع التصرف فى مال الغير بدون إذنه ، كما لو باعه أو استخدمه أو غير ذلك مما هو فى معنى الغصب ، كما لا يخفى .

١٥٩ - وينقسم الخطأ بالنظر لعلاقته بالضرر إلى مباشرة وتسبب . أما مباشرة الفعل الضار فمعناه ترتب الضرر على الفعل دون واسطة بينهما ، كأن ينقلب النائم على متاع فيفسده أو يصدم شخصا بسيارة يقودها ، سواء كان ذلك على وجه التعمد أو الغفله . وقد جاء تعريف المباشرة فى المادة ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : (الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، ويقال لمن فعله فاعل مباشر) ، ومعناه أن الفعل الضار لا يتدخل بينه وبين حدوث الضرر أى عامل آخر ، أو أن الإتلاف منصب على الشيء المتلف نفسه .

أما التسبيب حسبما جاء فى المادة ٨٨٨ فهو (أن يحدث فى شيء ما يفضى عادة إلى تلف شيء آخر ، ويقال لفاعله متسبب . فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . وكذا إذا شق واحد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك

(١) لسان الحكام لابن الشحنة : ٤٠٤ .
(٢) نهاية المحتاج : ١٥٢/٥ .
(٣) الخرشى : ١٤٠/٦ والدسوقى ٤٥٢/٣ .

السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا) . ويشمل التعدى بالتسبب صورا عديدة يأتى مكان توضيحها فيما بعد .

١٦٠ – ولا يشترط فى المباشرة لإيجاب الضمان سوى أن يكون الضرر مما يمكن التحرز عنه وألا يكون الفعل مأذونا فيه شرعا . ويرى أبو حنيفة أن التصرف فى ملك الغير على أى نحو بدون استناد إلى إذن صريح من هذا الغير يعد مخالفة لما أذن به الشارع ويجب الضمان . ويتضح ذلك بالنظر فى مسألة ضرب الدابة المستأجرة ، فالقاعدة أن للمستأجر أن يضربها (الضرب المعتاد فى الموضع المعتاد) إذا أذن له صاحبها فى ذلك ، ولا يضمن الضرر الذى يحدث بعد ذلك ، لأن الإذن ينافى الضمان ، ويضمن المستأجر إذا تجاوز فى ضربه ما هو معتاد .

لكن لو ضرب المستأجر الدابة ضربا معتادا بغير إذن صريح من صاحبها أو كبح الدابة بلجامها وأصاب الدابة ضرر فمذهب أبى حنيفة الضمان ، لتصرفه فى ملك غيره دون إذن صريح منه . ويتفرع مذهب أبى حنيفة فى ذلك عن نظره لحق الملكية عموما . ويدل رأى أبى حنيفة فى هذه المسألة على أن مذهبه هو ضمان الأضرار المترتبه على التصرف فى ملك الغير دون إذن صريح من هذا الغير . ويستلزم قول أبى حنيفة بذلك أنه يفتى بالضمان فى أى فعل لم يأذن فيه رب الدابة . ويوجه الزيلعى مذهب أبى حنيفة بأن (الإذن مقيد بشرط السلامة ، إذ السوق يتحقق بدونه ، وإنما يُضْرب للمبالغة ، فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق)[1] .

ومذهب الصاحبين أن التصرف فى ملك الغير بدون إذنه إذا استند إلى سبب يبيحه وتقيد بالمتعارف لا يوجب الضمان ؛ فالمستأجر للدابة إذا ضربها ضربا معتادا أو كبح الدابة بلجامها على النحو المألوف أو (فعل فعلا متعارفا) عليه ونشأ عقيبه ضرر للدابة لم يجب الضمان عند الصاحبين لاعتبارين :

أولهما : أن المتعارف عليه مأذون فيه دلالة .

---

(١) تبيين الحقائق : ١١٨/٥ .

والثانى : أن المتعارف عليه لا يكون سببا لحدوث الضرر وإلا لنفر منه الناس وعافوه فالكبح المتعارف عليه لإيقاف الدابة لا بد منه ، ولا يكون سببا لإيذائها ، وكذا الضرب اليسير .

١٦١ – ولا يجب الضمان إذا انتفى الخطأ . وينتفى الخطأ لأمرين :

أولهما : كون الفعل مأذونا فيه شرعا . من ذلك أن يكون الفعل أداء لما حكم الشارع بوجوبه ، فلو باشر الطبيب قطع طرف لمريض رجاء الحفاظ على حياته لم يجب ضمان ذلك . وكذا لو قضى القاضى بقطع يد سارق أو بقتل قاتل قصاصا أو حرابة فلا ضمان لوجوب ذلك على الطبيب بالعقد وعلى القاضى بقيامه فى مصالح المسلمين ومن جنس ذلك دفع الضمان بالصيال ، فمن (شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا ، أو شهر عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شىء عليه)[1] ، لأنه غير متعد بتعمد القتل ، للإذن الشرعى بدفع الصائل وقتله إذا كان لا يندفع إلا بذلك ، ونشأ الصيال فى ظروف يغلب على الظن انقطاع الغوث فيها . وكذا لو أكره امرأة على الزنا فلم تستطع دفعه إلا بالقتل فدمه هدر ، ولا ضمان عليها ، لعدم تعديها[2] ، حيث أباح الشارع حق الدفاع عن العرض ولو بقتل الصائل . أما لو استطاعت دفعه بالاستغاثة وطلب النجدة فضربته ضربا أفضى إلى موته كان عليها الضمان لتعديها فى ذلك .

والثانى القيام بما أوجبه الشارع من عناية وتحوط ؛ فراكب الدابة لا يضمن (إن أصابت بيدها أو رجلها غبارا أو حجرا صغيرا ففقأت عين إنسان أو أفسدت ثوبه)[3] ويضمن إذا كان الحجر كبيرا بحيث كان يمكنه أن يراه ويتجنبه لو بذل ما يجب عليه من العناية والتحوط ، كما يضمن لو عنف فى سير الدابة ، وتجاوز السرعة المعتادة ، لأنه يكون مهملا بذلك . وبذلك ينتفى الحكم بالتعدى إذا كان الفعل مأذونا فيه شرعا ولا يعده العرف إهمالا .

---

(١) مجمع الضمانات : ١٦٦ .
(٢) السابق .
(٣) السابق : ١٨٥ .

المبحث الثانى : الضرر

١٦٢ – مفهومة : الضرر والضُّر والضُّر ضد النفع . وقد ورد هذا التقابل فى القرآن فى قوله تعالى : ﴿ قل أتعبدون من دون الله ما لا يملك لكم ضرًّا ولا نفعا ﴾[١] ، وفى قوله : ﴿ يدعو من دون الله ما لا يضره وما لا ينفعه ذلك هو الضلال البعيد . يدعو لمن ضره أقرب من نفعه لبئس المولى ولبئس العشير ﴾[٢] ، وفى قوله : ﴿ قل أندعو من دون الله ما لا ينفعنا ولا يضرنا ﴾[٣] ، وفى قوله : ﴿ ولا تدع من دون الله ما لا ينفعك ولا يضرك ﴾[٤] وفى قوله : ﴿ ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم ﴾[٥] ، وفى قوله : ﴿ ويعبدون من دون الله ما لا يضرهم ولا ينفعهم ﴾[٦] ، وفى قوله : ﴿ ويعبدون من دون الله ما لا ينفعهم ولا يضرهم ﴾[٧] .

والضر – بالفتح – هو المصدر ، والضُّر – بالضم – هو الاسم . وقيل هما لغتان كالشَّهد والشُّهد ، فإذا جمعت بين النفع والضّر فتحت الضاد ، وإن أفردت الضر ضممت الضاد إذا لم تجعله مصدرا . وترد مادة الضر فى اللغة بمعنى سوء الحال والفقر والشدة والضيق . وقدوردت بهذا المعنى العام فى قوله تعالى : ﴿ وإذا مسَّ الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعدا أو قائما فلما كشفنا عنه ضره مر كأن لم يدعنا إلى ضرّ مسه ﴾[٨] وكقوله : ﴿ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾[٩] بمعنى لا يضايق الزوج الأم بأخذ ولدها وإعطائه إلى مرضعة

---

(١) المائدة : ٧٦ .
(٢) الحج : ١٢–١٣ .
(٣) الأنعام : ٧١ .
(٤) يونس : ١٠٦ .
(٥) البقرة : ١٠٢ .
(٦) يونس : ١٨ .
(٧) يونس : ١٢ .

أخرى ، ولا تضارر الأم الأب بامتناعها عن إرضاع الصغير . والضرَّاء نقيض السراء ، كما بيَّنه التقابل بينهما فى قوله تعالى : ﴿ الذين ينفقون فى السراء والضراء ﴾[1] . وفى الحديث : « ابتلينا بالضراء فصبرنا وابتلينا بالسراء فلم نصبر »[2] ، ومعناه أنا اختبرنا بالفقر والشدة والعذاب فصبرنا عليه إلى أن جاءتنا الدنيا والسعة والراحة فبطرنا ولم نصبر . ويشير القرآن إلى هذا المعنى فى قوله تعالى : ﴿ والصابرين فى البأساء والضراء وحين البأس ﴾[3] . والضراء بمعنى البأساء فى هذه الآية وفى غيرها ، كما فى قوله تعالى : ﴿ أم حسبتم أن تدخلوا الجنة ولما يأتكم مثل الذين خلوا من قبلكم مستهم البأساء والضراء وزلزلوا حتى يقول الرسول والذين آمنوا معه متى نصر الله ﴾[4] ، وكقوله : ﴿ ولقد أرسلنا إلى أمم من قبلك فأخذناهم بالبأساء والضراء ﴾[5] ، وكقوله : ﴿ وما أرسلنا فى قرية من نبى إلا أخذنا أهلها بالبأساء والضراء لعلهم يضرعون ﴾[6] . وتقابل الضراء كلا من النعمة والرحمة ، كما فى قوله تعالى : ﴿ ولئن أذقناه نعماء من بعد ضراء مستهم ليقولن ذهب السيئات عنى ﴾[7] ، وكما فى قوله : ﴿ وإذا أذقنا الناس رحمة من بعد ضراء مستهم إذا لهم مكر فى آياتنا ﴾[8] .

١٦٣ - والضَّرَّة شدة الحال ، وهى الأذاة ، والضَّرير صاحب العلة الزامنة ، وقوله تعالى : ﴿ غير أولى الضرر ﴾[9] بمعنى من به علة تضره وتقطعه عن الجهاد . وفى حديث البراء « فجاء ابن أم مكتوم يشكو ضرارته » أى يشكو علة العمى . والضرورة والاضطرار إلى الشىء الحاجة إليه . وقد نهى النبى ﷺ

---

(١) آل عمران : ١٣٤ .
(٢) الترمذى : كتاب القيامة .
(٣) البقرة : ١٧٧ .
(٤) البقرة : ٢١٤ .
(٥) الأنعام : ٤٢ .
(٦) الأعراف : ٩٤ .
(٧) هود : ١٠ .
(٨) يونس : ٢١ .
(٩) النساء : ٩٥ .

عن بيع المضطر ، أى أنه حكم بعدم انعقاد مثل هذا البيع إذا كان المضطر بمعنى المكره ، أو أنه كره الشراء ممن اضطر إلى العقد لدين ركبه أو مؤنة ترهقه فيبيع ما فى يده بالوكس والنقص للحاجة والضرورة وواجب المسلم أن يعينه بالإقراض إلى الميسرة أو بشراء السلعة بقيمتها .

ويشمل الضرر بذلك فى الإطلاق اللغوى وفيما جاء فى ألفاظ الشارع الأذى والضيق على أى نحو ؛ ففى لسان العرب : الضرر الضيق . ومكان ذو ضرر أى ضيق . ومكان ضررٌ ضيِّق ومنه قول الأخطل ... ماؤها ضرر يمور . قال ابن الأعرابى : ماؤها ضرر أى ماء نمير فى ضيق ، وإراد أنه غزير كثير فمجاريه تضيق به .. والمضرّ : الدانى من الشيء .. وفى حديث معاذ أنه كان يصلى فأضر به غصن فمد يده فكسره ، قوله أضر به أى دنا منه دنوًّا شديدا فآذاه .. وكل ما دنا دنوًّا مضيقا فقد أضرّ . وللضرر معان أخرى يذكرها صاحب اللسان منها المخالفة والغيرة . ومنه الضَّرتان أى امرأتا الرجل (كل واحدة منهما ضرة لصاحبتها) .. وتزوج على ضرٍّ وضُرٍّ أى مضارة بين امرأتين .. ومعنى قولهم تزوجت المرأة على ضرٍّ كنّ لها أى رجلا كان متزوجا بأكثر من واحدة ، وامرأة مُضِرّ إذا كان لها ضرَّة .

والضير والضور بمعنى الضرر ، لكن فعله هو ضار ، يضير ويضور . يقال : ما ينفعني ذلك ولا يضورنى ، ويقال لا ضير ولا ضور ، وهما بمعنى واحد . والضورة الجوعة والضورة شدة الجوع ، والتضور التلوى والصياح من شدة الجوع ، والضورة الضعيف من الرجال .

١٦٤ - وينبغى أن يحمل على هذا الإطلاق مفهوم الضرر فى قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، حتى يدل على وجوب رفع الضرر دون تقييد بنوع منه دون آخر . وبهذا فإن الضرر فى معناه اللغوى وفى المعنى الذى جاءت به النصوص الشرعية هو الأذى الذى يلحق بالشخص فى المال أو البدن أو الشرف أو السمعة .

ويتنوع الضرر بذلك إلى ثلاثة أقسام :

أولها : الضرر المالى الذى يتعلق بالمال ، سواء بإتلافه كليا أو جزئيا ، أو بالاستيلاء عليه والتعدى على حيازة صاحبه .

والثانى : الضرر المتعلق بالبدن ، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعة أو بجرح أو شجة .

والثالث : وهو ما يطلق عليه الضرر الأدبى الذى يتعلق بالعرض والشرف والسمعة . ولا شك فى أن حفظ العرض والشرف والسمعة من المصالح الضرورية التى قصد الشارع حفظها وفرض العقوبات الزاجرة عن التعدى عليها . وقد اعتبر الفقهاء هذه المصلحة مقدمة على مصلحة حفظ المال فى ترتيبهم للمقاصد الشرعية الخمسة لأسباب عدة من بينها أنها أيضا وسيلتهم إلى كسب المال فيما عبر عنه الغزالى فى إحياء علوم الدين فى أكثر من موضع .

١٦٣ - حكمه : الضرر ركن الضمان باعتبار الماهية التشريعية وأنه لا يحكم بالضمان إلا بوجوده . أما بحسب الاصطلاحات الأصولية فإن الضرر شرط فى سبب الضمان ، وهو العدوان ، لأن الضمان شرع جبرا للضرر ورفعا له عن المعتدى عليه ، فما لم ينشأ الضرر لم يجب الضمان . ومن أمثلة عدم وجوب الضمان لعدم وجود الضرر أنه إذا (ذبح شاة لا يرجى حياتها لا يضمن استحسانا ، سواء كان أجنبيا أو راعيا .. وإنما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجى حياتهما)[1] . والفرق أنه بذبحه الشاه لم يضر صاحبها إذا كانت أشرفت على الهلاك ، وإنما علم لمصلحته ، فإنه لو تركها وماتت لا ينتفع بلحمها ، بخلافه فى الفرس والحمار فإن الذبح لا يفيد صاحبهما شيئا ، بل يضره لاحتمال برئهما .

ومنه كذلك لو أن شخصا عيَّن أضحية فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها ولا يضمن الذابح ، لأنه (قد عجل الواجب فوقع موقعه)[2] . ولو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به غيره فالقياس ألا يضمن كالذابح للأضحية[3] .

١٦٦ - وإذا كان الضرر يسيرا يتسامح فيه الناس عادة لا يجب ضمانه . مثاله إجراء الماء فى أرض الجار لسقى أرضه إذا تعين ذلك . وفى الدر المختار أنه

---

(١) مجمع الضمانات : ٢٠٨ .

(٢) القواعد لابن رجب : ٢٣٧ .

(٣) السابق .

لو ركب دار غيره لإطفاء حريق وقع فى البلد فانهدم شىء بركوبه لم يضمن ، لأن ضرر الحريق عام فكان لكل دفعه[1] . وتفرق المجلة بين الضرر اليسير وبين الضرر الفاحش فيما يتعلق بالمعاملات الجوارية ، فقد جاء فى المادة ١٢٠٠ : (يدفع الضرر الفاحش بأى وجه كان . مثلا لو اتخذ فى اتصال دار دكان حداد أو طاحون ، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء ، أو أحدث فى جانبها فرنا أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان . والمراد بالفرن فى هذه المادة الفرن الدائم ، أما التنور المعتاد فى البيوت فلا يمنع منه ، لضآلة الضرر الناشىء منه). وفى الدر المنع من الدبغ على الدوام لا على النادر للقذرة على تحمله . وفى جامع الفصولين أنه إن اتخذ داره حماما ويتأذى الجيران من دخانه فلهم منعه إلا أن يكون دخانه مثل دخانهم فلا يمنع .

ومرد هذه التفريعات إلى قواعد الموازنة بين المفاسد المتنوعة واختيار أيسرها عند التعارض ، حسبما تدل عليه القواعد التالية :

— (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) .

— (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) . وإذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضرر بارتكاب أخفهما . و(يختار أهون الشرين)[2] .

١٦٥ — ويترتب على التفريق بين الضرر اليسير وبين الضرر الفاحش فى الحكم بضمان الأخير دون الأول نتيجتان :

أولاهما : إقدار النظام الفقهى للضمان على الاستجابة للمصالح الاجتماعية المتنوعة ، والحكم بعدم ضمان المفاسد التى لا تنفك عن هذه المصالح التى اعتبرها العرف ورأى احترامها ، كالتنور المنزلى التى يثير الدخان ويؤذى الجيران . ومع ذلك فقد حكم الفقهاء بعدم ضمان هذا النوع من الأذى لارتباطه بمصلحة لا غنى عنها فى مجتمعاتهم ، ويوقع القول بضمان الأذى الناشىء عنها فى الحرج

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٥١١ .

(٢) انظر مواد ٢٦ وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية .

ومنع الناس من اتخاذها . ومن جنسه السير فى الطريق العام فإنه مقيد بعدم الإضرار بالغير ويتسامح مع ذلك فى هذا النوع من الأضرار اليسيرة كإثارة الغبار والتراب والحصى الصغيرة ، لأن القول بضمان ما هو من لوازم السير فى الطريق يكر على أصل إباحته بالبطلان .

والثانى : تقييد الضرر المضمون الذى أوجب الشارع رفعه وجبره بألا يتسامح الناس فيه ، درء المفسدة أهم وأعظم أو تحقيقا لمصالح يرونها لازمة لهم بحيث يرضون احتمال نوع من الضرر لتحصيلها .

وهذا هو القيد الوارد على مطلق الضرر فى النصوص للحكم بإيجاب الضمان . أما القيود التى أوردها الفقهاء على الضرر المضمون فى الشريعة فتختلف سعة وتضييقا ، مما هو مبين فيما يلى .

الفرع الأول – الأضرار المالية

١٦٨ – الضرر المالى هو النقص الذى يلحق بالمال بإتلافه أو تعييبه أو التأثير على حق مالكه فى استعماله واستغلاله لمصلحته . والمال فى تعريف مجلة الأحكام العدلية هو (ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول)[1] . وقد جاء تعريف المال فى المادة الأولى من مرشد الحيران ، لأهميته بأعتباره موضوع المعاملات ، ونصها : (المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة . وهو نوعان : عقار ومنقول) . ويشير هذان التعريفان إلى ضوابط المالية عند الأحناف ،وهى :

(أ) تمول الناس وبذلهم الأثمان فى الحصول على الشيء المعتبر مالا ، فما لا يتموله الناس كحبة حنطة لا يكون مالا ، وإن أباح الشارع الانتفاع به . ويختلف التمول عن التقوم فى أن التقوم يشترط له مجموع أمرين ، أولهما : التمول

---

(١) المادة :١٢٦ وانظر هذا التعرف فى رد المحتار لابن عابدين : ٣/٤ ،والبدائع : ١٤٩/٥ ، والدسوق ١٠/٣ ، والقليوبى : ٢٪٥٧ ٢٨/٣٢ ، ٧ ، ٣١٤/٢ ، وشرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢ ، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٤٠/٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٧ .

وبذل الناس الأثمان فى الحصول على الشيء ، والثانى إباحة الانتفاع بالشيء شرعا ، فالخمر مال لأن الناس أو بعضهم يبذل الأثمان فى الحصول عليها ، وهى ليست متقومة لأن الشارع حرم الانتفاع بها[1] . والمالية بهذا أعم من التقوم ، وتصدق على ما يرغب فيه الناس ويبذلون الأثمان للحصول عليه .

(ب) إمكان الادخار لوقت الحاجة . وإنما قصد الأحناف بهذا القيد إخراج المنافع من المالية ، بحكم أنها لا تقبل الادخار . ومع ذلك فالمنافع متقومة بالعقد عندهم ، لأن التقوم أخص من المالية فى المذهب الحنفى .

١٦٩ — وتفترق المالية فى هذا المذهب عن الملك ، ويرى الأحناف أن المنافع ملك لا مال . وقد جاء فى المادة (١٢٥) من مجلة الأحكام العدلية تعريف الملك بأنه (ما ملكه الإنسان ، سواء كان أعيانا أو منافع) . وإنما اعتبر الأحناف المنافع ملكا لا مالا ، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة[2] .

وقد نبه المرحوم أبو زهرة إلى ما فى تعريف المال على هذا النحو من فساد واستبعاد لبعض أفراد المعرف ، من جهة أن من الأموال (ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هى . فهذا النوع من المال لا يدخل فى عموم هذا التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ، ويجرى فيه التعامل : ومن ذلك أصناف من البقول والخضر ونحوها)[3] . ولعل تعريف ابن نجيم للمال فى المذهب الحنفى أدق ، إذ يعرفه بأنه (اسم لغير الآدمى ، خلق لمصالح الآدمى ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار)[4] . ويتفق مذهب الأحناف فى إخراج المنافع من الأموال مع مذهبهم فى الحكم بعدم ضمانهما فى غير العقود .

١٧٠ — وقد عرف الشافعية المال تعريفا أعم من ذلك ، إذ تدخل فيه

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم : ٢٧٧/٥ .

(٢) التوضيح : ٣١٤/١ .

(٣) الملكية ونظرية العقد ص ٥١ ، والمدخل الفقهي العام للزرقا ٣١٥/٣ وما بعدها .

(٤) البحر الرائق : ٢٧٧/٥ .

المنافع. ويذكر السيوطى أنه لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه ، وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه . ويعرف المتموَّل بأنه هو كل ما يُقَدَّر له أثر فى النفع . أما ما لا يظهر له أثر فى الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول[1] . ويعرف الزركشى المال بقوله : (المال ما كان منتفعا به ، أى مستعدا لأن ينتفع به ، وهو إما أعيان أو منافع)[2] . ويشمل المال بهذا كل ماله أثر فى النفع باستعداده وتهيئه ، سواء كان عينا أو منفعة أو حقا من الحقوق المالية . ويضبطه بوجه عام أن ما أجاز الفقهاء بيعه أو رهنه أو الصلح عنه من الحقوق والمنافع وغيرهما كان من الأموال ، وذلك كحق الأرش وحقوق الارتفاق وتعجيل المؤجل من الديون ، بخلاف الحق فى الشفعة فإنه لا يجوز الصلح عنه ببذل الأموال ولا بيعه وتبطل الشفعة بذلك[3] . وتقترب المالية بهذا من حدود التقوم والملك . ولا يختلف تعريف الشافعية للمال عن تعريف الجمهور له[4] .

١٧١ – ويعرف المال فى التفكير القانونى بأنه الحق ذو القيمة المالية ، سواء كان هذا الحق شخصيا أم عينيا . كما يعرف بأنه الحق الذى يمكن تقويمه بالنقود[5] . ويشمل المال Property فى القانون الانجليزى المنقولات والعقارات والاشياء الأخرى التى يشكل الاعتداء عليها جريمة من الجرائم[6] ، كما يشمل المنافع والديون[7] ، والفوائد المتوقعة والمحتملة[8] ، والوثائق والأدوات التجارية[9] ، وحقوق التأليف والإنتاج الذهنى والفنى والعلامات التجارية

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٣٢٧ .

(٢) المنثور فى القواعد للزركشى : ٢٢٢/٣ .

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٤١ .

(٤) انظر تعريف المجلة الشرعية للمال فى المادة ١٨٢ بأنه (هو ما يباح نفعه مطلقا أو اقتناؤه بلا حاجة) .

(٥) الوسيط للسنهورى : ١٠٣/١ وما بعدها .

(٦) Criminal procidure Act, 1851, S. 30 .

(٧) Conveyancing Act, 1881, S. 2 .

(٨) Bankruptcy Act, 1914 S. 167 .

(٩) Matrimonial Causes Act, 1965, S. 26 .

Trade marks[1] . ولا يدخل فى مال الشركة Company حصة رأس مالها غير المدفوع Unpaid capital فى رأى جمهرة القضاة الإنجليز[2] .

وبهذا فإن كلمة (مال) ليست مصطلحا فنيا ، وإنما ينبغى صرفها إلى مدلولها العرفى الذى يفهمه الناس فى استعمالاتهم المألوفة . ويعد من الأموال بهذا الاعتبار كل ما يتموله الناس وينتفعون به سواء كان ذلك من الحقوق الشخصية أو العينية . والحق الشخصى فى التفكير القانونى عبارة عن رابطة بين الدائن والمدين ، تقتضى قيام الحق فى مطالبة الدائن المدين بعمل أو شىء أو امتناع عن عمل ، وذلك كحق المستأجر فى التمكن من الانتفاع . أما الحق العينى فهو سلطة يعطيها القانون لشخص فى التصرف فى شىء معين ، وذلك كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق[3] .

١٧٢ – ويقابل الحق الشخصى Personal right ما يعرف فى الفقه بالدين مما يتعلق بالذمة ومحله مقدار من النقود أو الأشياء المثلية . وينشأ الدين فى الفقه الإسلامى بالاتفاق أو الضمان . وعبارة صاحب مرشد الحيران فى ذلك : (الدين ما وجب فى ذمة المديون ، بعقد أو باستهلاك مال أو غصب)[4] .

أما الحقوق العينية فتشمل حق الملك التام الذى ورد تعريفه فى المادة الحادية عشرة من مرشد الحيران بلفظ : (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا) . وتشمل هذه الحقوق كذلك حق ملك الرقبة وحدها[5] أو المنفعة دون الرقبة ، مما يستحق بعوض أو بغير عوض[6] ، وملك الانتفاع[7] . ومن جنس هذه الحقوق كذلك حقوق

---

(١) Property Act, 1922, S. 188 .

(٢) Words and phrases legally defined, John B. Saunders, London, Butterworths, 1969 vol. 4, P. 205 .

(٣) الوسيط للسنهورى : ١٠٣/١ .

(٤) مرشد الحيران ، مادة ومجلة الأحكام الشرعية مادة ١٩٠ .

(٥) مرشد الحيران : مادة ١٨ . (٦) السابق : مادة ١٥ .

(٧) السابق : مادة ١٧ ، ٢٤ ، ٢٥ ، وقواعد ابن رجب ص ٢٠٨ .

الارتفاق المقررة على عقار لمنفعة عقار آخر[1]، وحق التتبع[2]، وغير ذلك مما يعد من قبيل الحقوق العينية التبعية التى تشمل حق الرهن وحق الحبس[3] .

١٧٣ – ويستنبط مما تقدم المعانى التالية :

– المال هو ما أباح الشارع الانتفاع به فيما ذهب إليه الجمهور ، سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة أو انتفاعا ، خلافا للأحناف الذين يحصرون الأموال فى العقارات والنقولات .

– يقترب التعريف القانونى للمال فى روحه من تعريف الجمهور له .

– يرتبط الحكم بالضمان فى المذاهب الفقهية بتعريف المال فى هذه المذاهب ، ويتأثر كل منهما بالآخر فيما أخذ به كل مذهب منها . يوضح ذلك أن الأحناف الذين لم يعتبروا المنافع من الأموال حكموا بعدم ضمانها . والشافعى اعتبر أهل الذمة مخاطبين بفروع الأحكام الشرعية والخمر محرمة عليهم لذلك ، فذهب إلى عدم ضمانها لهم لو أتلفها مسلم أو ذمى . وكذلك فإن عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها مضمونة عند الأحناف باعتبارها أموالا لطهارتها وحل الانتفاع بها فى مذهبهم ، خلافا للشافعى الذى أنكر ماليتها وعدم جواز الانتفاع بها لنجاستها بحكم كونها من أجزاء الميته يترتب الحكم بالضمان فى كثير من الأمور المستحدثة كحقوق التأليف والابتكار الذهنى أو الفنى على تقرير ماليتها .

وفيما يلى ترتيب أنواع الأضرار المالية .

---

(١) المادة ٣٧ من مرشد الحيران .

(٢ -٣) قواعد ابن رجب ص ٢٠٨ ، والمادة الرابعة من مرشد الحيران ، ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى : ٣١/١ .

المطلب الأول : المنقولات

١٧٤ — ورد فى المادة الثالثة من مرشد الحيران أن المنقول يطلق على كل مال يمكن نقله وتحويله . فيشمل العروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والذهب والفضة . ويشمل البناء والغراس القائمين فى أرض مملوكة أو موقوفة . ويبدوا أن هذا هو تعريف الحنابلة للمنقول كذلك ، فهو عندهم (الشىء الذى يمكن نقله من محل إلى آخر)[٢] . غير أن المالكية يعتبرون البناء والشجر من العقار ؛ فقد نصوا على أن (العقار حقيقة كالأرض والبناء والشجر)[٣] . وتعريفهم للمنقول بذلك أنه هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته . وليس كذلك البناء والغراس ، فقد ينتقلان ولكن بعد تغيير صورتهما التى كانت لهما قبل النقل .

ويتفق [٤] القانون المدنى المصرى فى تعريف هذين المصطلحين مع تعريف المالكية ؛ فقد جاء فى صدر المادة ١٨٢ من هذا القانون أن (كل شىء مستقر

---

(١) يرجع هذا الخلاف إلى الخلاف فى درك الوصف المعتبر عليه للحكم بتحريم الميتة ، فالشافعى اعتبر « الموت » هو علة التحريم على حين اعتبر الأحناف وصف الرطوبة المتنجسة للميتة هو علة الحكم بتحريمها . وذلك بناء على أن وصف الموت لا يصلح علة لهذا الحكم ، لإلغاء الشارع لهذا الوصف فى حكمه ، بحل ميتة السمك والجراد . وهذه الأجزاء ، موضع الخلاف ، ليست رطبة فلا تكون نجسة تبعا لذلك . وجلد الميتة قبل دبغه رطب فيكون نجسا فإن دبغ زالت نجاسته وحكم بطهارته . بدائع الصنائع : ٥/٢ ٤٢ . ويرد الزنجانى الخلاف فى ذلك إلى أن الحكم الشرعى يضاف إلى الأعيان عند الشافعية وإلى العلة عند الأحناف ، ذلك أن الحكم بنجاسة الميتة عند الشافعية مضاف إلى وصف مرتبط بالعين نفسها ، وهو الموت ، على حين أن الحكم مضاف عند الأحناف إلى علته ، وهو الرطوبة فيدور الحكم معها وجودا وعدما . ولذا يطهر جلد الميتة بالدباغ لزوال هذه الرطوبة به ، وعظمها، وصوفها ووبرها طاهر لانعدام هذه الرطوبة فيه . انظر فى ذلك : تخريج الفروع على الأصول للزنجانى .

(٢) مادة ١٩٧ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٣) الخرشى : ١٦٨/٦ ، وحاشية الدسوقى .

(٤) للمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى انظر : الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٥٢ .
والملكية ونظرية العقد لأبى زهرة ص ٦٥ .

بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول) .

أما القانون الانجليزى فيعرف العقار Immovable property بأنه كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات من أبنية وأشجار وغيرها وما يتعلق بذلك من المنافع والحقوق[1] .

١٧٥ - ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين على ضمان الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال المنقولة ، سواء رجعت هذه الأضرار إلى غصب هذه الأعيان أو إتلافها أو تعييبا ونقصانها أو كانت بتغيير صورتها أو الانتفاع بها . ويشترط الفقهاء لضمان المنقولات الشرطين التاليين :

(أ) مالية المنقول : لا يجب ضمان المنقولات التى لم تثبت فى الشرع ماليتها . ولذا لا ضمان بإتلاف الميتة أو جلدها أو الدم وغير ذلك مما لم يبح الشارع الانتفاع به[2] . ومن جنسه أنه لا ضمان بإتلاف صيد الحرم أو ما صاده المحرم ، (لأنه حرام الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا)[3] ، وكذا لحم السبع (لأنه لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا)[4] . وأما جلد السبع والحمار والبغل ، فإن كان مدبوغا أو مذبوحا اعتبر مالا ، لأنه (مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا)[5] .

وإن لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا كان حكمه حكم الميتة فلا يعد مالا .

---

(١) Words and Phrases legally Defined, John B. Saundess 3/6 and Specific Relief Act, by M. A. Chanudry P. 10.

(٢) بدائع الصنائع : ١٦٧/٧ .

(٣) السابق : ١٤١/٥ .

(٤) السابق .

(٥) السابق .

(٦) الجرة الكبيرة .

وما كان من المباحات العامة كالكلأ والماء والنار لم يجب ضمانها لأنها غير متمولة ، ولا يبذل الناس الأثمان فيها بحكم الشارع . ولذا (لو نزح ماء بئر رجل حتى يبست لم يضمن ، إذ مالك البئر لا يملك الماء . بخلاف ما لو غصب ماء من الحب[1] فإنه يؤمر بإملائه لأنه ملكه)[2] . بالإحراز فى هذا الإناء . وعلى الرغم من انتفاء الضمان فى أخذ الماء المباح فإن لمالك البئر أن يمنع الناس من الدخول إلى ملكه . ولأصحاب الأنهار الخاصة منع غيرهم حق الشفة وسقى حيواناتهم منها إن كان ذلك يؤدى إلى تخريب هذه الأنهار بكثرة الحيوانات الواردة إليها[3] .

والكلأ والنار حكمهما حكم الماء فى اشتراك الناس فيها شركة إباحة . وتعريف الكلأ فى المادة ١٢٤٢ من المجلة العدلية أنه هو (النبات الذى لا ساق له ، فلا يشمل الشجر . والفطر أيضا فى حكم الكلأ) . والنابت من ذلك فى أرض عامة غير مملوكة لأحد مباح ، لا يضمن من أخذه . ومثله الكلأ النابت فى ملك إنسان بلا تعاطى سببه . أما إذا تعاطى سبب إنباته ، (كما إذا سقى أرضه أو جعل لها خندقا أو أعدها أو هيأها بوجه ما لأجل الإنبات فالنباتات الحاصلة فى تلك الأراضى تكون ماله ، لا يسوغ لآخر أن يأخذ منها شيئا . فإن أخذ واستهلك كان ضامنا)[4] . أما الأشجار النابتة فى الأرض المملوكة ولو لم يغرسها صاحبها أو يتسبب فى إنباتها فإنها تكون له ، وليس لغيره الاحتطاب منها إلا بإذنه ، ويضمن من يفتات عليه فى حقه[5] .

(ب) تقوم المنقول : يثبت التقوم عند ابن نجيم بأمرين ، أولهما المالية والثانى إباحة الانتفاع بالشىء المتمول من جهة الشرع . وعبارته فى ذلك : (المالية إنما تثبت بتمول الناس كافة كلهم أو بتمول البعض . والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يعد مالا كحبة حنطة ، وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون

---

(١) الجرّة الكبيرة .
(٢) مجمع الضمانات : ١٢٨ .
(٣) شرح المجلة لسليم رستم ص ٦٨٤ .
(٤) مادة ١٢٤١ من مجلة الأحكام العدلية .
(٥) مادة ١٢٤٤ من المجلة العدلية .

متقوماً كالخمر . وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم)[1] . أما الكاسانى فيرى أن المالية لا تثبت إلا بالتمول والتقوم معا[2] . ومحل الخلاف بين التعريفين أن تعريف ابن نجيم للمال أقرب إلى المعنى اللغوى للفظ وأن تعريف الكاسانى أقرب إلى الإصطلاح ، وهو أوفق فالتعريف الفنى للمال هو المطلوب .

١٧٦ – ويترتب على ذلك الترجيح ثبوت الضمان للمنقولات بوصف المالية المتضمن لمعنى التقوم . وقد اشترط بعض الفقهاء لضمان الأموال المنقولة كونها مملوكة لأحد مع تخريج عدم ضمان المباحات على غياب هذا الشرط . ويؤيد هذا الرأى أن من الأهداف التى شرع لها الضمان حماية حق الملكية والمنع من مزاحمة المالك فى ملكه ، لاختصاصه بما يملك[3] . لكن يلاحظ الكاسانى أن تخريج عدم ضمان المباحات على فقد شرط التقوم أولى من تخريجه على فقد شرط الملكية الذى يراه (ليس بشرط لوجوب الضمان ، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلا)[4] .

وإنما يشترط لضمان المنقولات كونها أموالا مع تعريف المال بأنه (ما يميل إليه طبع الإنسان ويتموله ويبذل الأثمان فيه ويبيح الشارع الانتفاع به ويوجب الشارع حمايته وعدم مزاحمة أصحاب الحق فيه .

١٧٧ – وقد انفرد الأحناف فيما بان لى من تتبع المذاهب بعدم اعتبار الدين مالا . وقد نص الأحناف على رأيهم هذا فى مسألة عدم الحنث بالحلف (أنه لا مال له ، وله دين على مُفلَّس ، أى محكوم بإفلاسه ، أو على ملىء غنى ، لأن الدين ليس بمال ، بل وصف فى الذمة لا يتصور قبضه حقيقة . ولهذا قيل إن الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض ، لأنه قبضه

---

(١) البحر الرائق : ٢٧٧/٥ ، ورد المحتار لابن عابدين ٣/٤ .
(٢) بدائع الصنائع : ١٤١/٥ .
(٣) انظر فى تعريف الملكية الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ ، وللسيوطى ص ٣١٦ ، والمادة ١١ من مرشد الحيران ، والمادة ١٢٥ من مجلة الأحكام العدلية .
(٤) بدائع الصنائع : ١٦٨/٧ .

بنفسه على وجه التملك ، ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدين قصاصا)[1] .
وليس هذا فحسب فإن بعض الأحناف ينكر ملك الدين ، بناء على أنه وصف شرعى ثابت فى الذمة . ويرى هذا البعض أن قيام الشركة فى الدَّيْن على سبيل المجاز ، (لأن الدين وصف شرعى لا يُمَلَّك)[2] والحق أنه يملك ، وهو ما ذهب إليه جمهور الأحناف .

المطلب الثانى : العقارات

١٧٨ – يضمن العقار[3] Immovable Property بإتلافه إتلافا كليا أو جزئيا وبتفويت يد مالكه . وفى ذلك يذكر ابن نجيم (أن العقار مضمون إذا جحده المودَع وإذا باعه الغاصب وسلمه وإذا رجع الشاهد به بعد القضاء)[4] . وفى مجمع الضمانات حكاية الإجماع على الضمان فيما لو أتلف العقار بسكناه أو أنقصه بفعله ، كما إذا حفر حفرة فيه أو نقل ترابا من أرضه أو قطع بعض أشجاره ، لأنه إتلاف والعقار يضمن به[5] . وفى الأمثلة التالية ذكر بعض أنواع الأضرار التى تتعلق بالعقار .

– (لو أخذ من أرض إنسان ترابا ، قالوا إن كان لذلك التراب قيمة فى ذلك الموضع يضمن قيمة التراب ، سواء تمكن به النقصان فى الأرض أو لم يتمكن . وإن لم يكن للتراب قيمة فى ذلك الموضع ينظر ، إن انتقصت به الأرض ضمن النقصان وإلا فلا . ولا يؤمر بالكبس[6] ، وقال بعضهم يؤمر بذلك)[7] .

– وقع الحريق فى محلة فهدم رجل بيت جاره حتى لا يحترق بيته يضمن

(١) حاشية ابن عابدين ١٥١/٣ وما بعدها .
(٢) السابق : ٤٦٥/٣ .
(٣) انظر تعريف العقار فى قليوبى وعميرة : ١٩١/٣ ، والفقه الإسلامى وأدلته ٤٦/٤ .
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٤ .
(٥) مجمع الضمانات : ١٢٦ .
(٦) الكبس معناه تسوية الأرض بإعادة مثل التراب المأخوذ منها .
(٧) السابق : ١٢٧ .

قيمة بيت الجار ، كمضطر أكل فى المفازة طعام غيره ..)[1] .

– (رجل هدم بيته فألقى ترابا كثيرا بزيق الجدار الذى بينه وبين جاره ، ووضع فوقه لبنا كثيرا حتى مال الحائط أو هدم بنقضه ، إن كان اللبن مشرفا على الحائط متصلا بحيث دخل الوهن فى الحائط من ثقله فهو ضامن)[2] .

– (حفر بئرا فى ملكه فطمها رجل بترابها ، قال الكرخى :أقومها محفورة وغير محفورة فيغرم فضل مابينهما . ولو طرح فيها ترابا أجبر على إخراجه)[3] .

١٧٩ – وكما يضمن العقار بالإتلاف والتعيين فإنه يضمن بالغصب والاستيلاء فى مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الأحناف والشيعة الإمامية[4] خلافا لما ذهب إليه كل من أبى حنيفة وأبى يوسف[5] . حجة الجمهور فى جريان الغصب فى العقار أنه يتحقق بإثبات اليد العادية وإزلة اليد المحقة ، وذلك ممكن فى العقار أيضا ، لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه ، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة . وهذا لأن اليد لا تعنى إلا القدرة على التصرف ، ومعنى زوال اليد فقد القدرة على التصرف ، فإذا أثبت الغاصب يده انتفت يد المالك . ويستدل الجمهور لمذهبهم بقوله ﷺ : « من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين » ، حيث أطلق لفظ الغصب على العقار . ومن أدلتهم صحة إطلاق لفظ الغصب على العقار فى العرف ، حيث يقال غصب دار فلان وأرضه وعقاره . ويقيس الجمهور ضمان العقار بالغصب على ضمانه بالإتلاف والتعييب[6] .

---

(١) السابق : ١٢٩ . | (٢) السابق : ١٢٨ . | (٣) السابق : ١٢٨ .

(٤) حاشية الدسوقى ٤٤٣/٣ ، والجمل ٤٧٠/٣ ، وكشاف القناع ٧٧/٤ ، والبحر الرائق ١٢٦/٨ ، وشرائع الإسلام : ٢٣٥/٣ .

(٥) بدائع الصنائع ١٤٥/٧ ، والفتاوى الغياثية ١١٥ ، والمبسوط للسرخسى : ٧٣/١١ ، وتبيين الحقائق: ٢٢٤/٥ وابن عابدين ١٣٠/٥ ، ومجمع الضمانات : ١١٧ ، والفتاوى الهندية : ١٢٠/٥ .

(٦) المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح ١٥١/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٤/٥ وحاشية الجمل ٤٧١/٣ ، ونهاية المحتاج ١٤٨/٥ ، وحواشى الشروانى وابن قاسم على التحفة ٧/٦ .

أما حجة الشيخين – أبى حنيفة وأبى يوسف – لمذهبهما فتتمثل فى أن الغصب الموجب للضمان هو إزالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال نفسه ، ولم يوجد فى العقار ، لأن يده لا تزول عن المغصوب إلا بنقله وتحويله وتغييبه عن مالكه على نحو لا يقف على مكانه ، مما يجعله فى حكم التالف ، والعقار لا يحتمل النقل ولا التحويل فلم يوجد الإتلاف حقيقة ولا تقديرا فينتفى الضمان . ولذا لو غصب شخص العقار فأتلفه آخر فالضمان على المتلف ، لأن الغصب لا يتحقق فى العقار فيعتبر الإتلاف[1] . ويخالف محمد فى ذلك ويرى تخيير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف ، بناء على مذهبه فى جريان الغصب فى العقار .

١٨٠ – ويميل السرخسى فيما يبدو إلى مذهب الجمهور . وينقل أن الحكم بضمان العقار بالغصب كان قولا لأبى يوسف ، وأنه هو الاستحسان ، من جهة أنه لا يشترط النقل فيما لا يتأتى فيه لإثبات الغصب ويقام غيره مقامه ، وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى وإخراج المالك عنه ، كما أن شرط صحة الدعوى والشهادة الإشارة إلى العين فى المنقول الذى يمكن إحضاره ، ثم فى العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه)[2] .

وإنما يظهر الخلاف فيما لو هلك العقار فى يد الغاصب بآفة سماوية ، حيث لا يضمن فى مذهب الشيخين لإضافة التلف إلى غير فعله ؛ ففى مجمع الضمانات أن (العقار لا يتحقق فيه الغصب عند الشيخين خلافا لمحمد . فإذا غصب عقارا فهلك فى يده بأن انهدم بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء أو أشجاره أو غلب السيل على أرض فبقيت تحت الماء لا يضمنه عندهما . وقال محمد : يضمنه ، وهو قول أبى يوسف أولا . وبه قال الشافعى)[3] . أما الجمهور فقد أخذ بالمسئولية المطلقة للغاصب وإن لم يثبت تسبب فعله فى التلف . ولا يجب على المتضرر إلا إثبات تعديه بالحيازة والاستيلاء على العقار لقيام مسئوليته عما

---

(١) بدائع : ١٤٦/٧ .
(٢) المبسوط : ٧٤/١١ .
(٣) مجمع الضمانات : ١٢٦ .

يحدث لهذا العقار ، سواء حدث بفعله أو بغير فعله ، وكأنه مسئول عن إعادة تسليم العين المغصوبة لصاحبها كما أخذها ، وأن تعديه وخطأه هو عجزه عن تحقيق هذه الغاية وعدم وفائه بها .

١٨١ – وقد ترتب على الرأى المفتى به فى المذهب الحنفى ، وهو عدم ضمان العقار بالغصب ، عدد من الأحكام التى لا تتفق مع ما يوجبه الشرع من عدل وما قصد إليه من حماية حق الملك . من ذلك أنهم رأوا أنه لا ضمان على الغاصب لو استولى على أرض فيها زرع نابت ، وهو قصيل ، فهلك القصيل أو يبس ، إذا لم يوجد النقل . ويضمنه لو أتلفه بفعله . أما لو أتلفه شخص آخر فإنه هو الذى يضمن لا الغاصب . وكذلك لو غصب كرما فيه أشجار فيبست لا يضمن الأشجار إذا لم يكن التلف بفعله . ولو قطع الأشجار ضمن ، ولو قلعها آخر كان الضمان على القالع . ولو هدم بيتا يضمن قيمته مبنيا لا قيمة العرصة ، لأنها قائمة والغصب لا يجرى فى العقارات[١] . وإنما ضمن البناء لأنه من المنقولات فى تعريف الأحناف لها[٢] ، ولأنه أتلفه بفعله فيعد متعديا . ولا يخفى أن اشتراط استئناف التعدى فى المنقولات الثابتة على العقار المغصوب للحكم بضمانها مبنى على مذهب الأحناف فى أن غصب العقار لا يوجب الضمان .

وقد ترتب على رأى الأحناف فى عدم ضمن العقار بالغصب أحكام تتسم بالغرابة فى المنطق العام . من ذلك ما ورد فى مجمع الضمانات أنه (لو غصب أرض خراج فزرعها كان الخراج على رب الأرض)[٣] ، عى حين أن الخارج من الأرض وغلتها من حق الغاصب فى المذهب ، ولا يضمن لصاحب الأرض إلا مقدار ما نقصته زراعتها ، ويطيب له الفضل بين ما غرمه فى نقصانها وبين ما خرج له منها . ولا يجب عليه التصدق بشىء من ذلك عند أبى يوسف ، خلافا لغيره من أئمة المذهب الذين أوجبوا على الغاصب التصدق بهذا الفضل[٤] . ووجه

---

(١) السابق : ١٢٦ وما بعدها .
(٢) المادة الثالثة من مرشد الحيران .
(٣) مجمع الضمانات : ١٢٨ .
(٤) حاشية ابن عابدين : ١٣٢/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٥/٥ .

الغرابة فى ذلك أن إيجاب الخراج على المالك مع الحكم باستحقاق الغاصب لغلتها فيه ظلم للمالك ومكافأة للظالم على ظلمه وتعديه .

١٨٢ – وقد اضطر متأخرو الأحناف إلى الأخذ برأى محمد بن الحسن فى غصب العقار الموقوف ، وأفتوا بضمان غاصبه حفظا لمصلحة مستحقيه ، إن هلك فى يده بآفة سماوية[1] . وإذا كانت مصلحة الموقوف عليهم ليست أولى فى الاعتبار شرعا من مصلحة أرباب العقارات فإنه كان من الواجب على متأخرى الأحناف أن يطبقوا معيارا واحدا وأن ينتهوا إلى الإفتاء بقول محمد وزفر فى ضمان العقارات .

والخلاصة أن مذهب الجمهور فى ضمان الأضرار المتعلقة بالعقارات بأى نوع من أنواع التعدى أثبت دليلا وأوفق فى التعبير عن مقصد الشارع إلى حفظ حقوق الملكية فى العقارات والمنقولات على السواء .

المطلب الثالث : المنافع

١٨٣ – المنفعة ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار وركوب الحيوان[2] وعمل الإنسان . وهى لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به ، طبقا لما جاء فى اللسان والمحيط . وتشمل المنافع بذلك كلا من منافع الأموال ومنافع الإنسان . وقد تنازع الفقهاء بناء على هذا التحليل للمنافع فى الأمور التالية :

– ورود التعدى بالغصب أو الإتلاف على المنافع باعتبارها أعراضا لا تبقى زمانين .
– مالية المنافع .
– ضمانها .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢٨٤ ، وشرحه للحموى ٩٩/٢ ، ومجمع الضمانات ١٢٦ ، والبحر الرائق ١٢٦/٨ .
(٢) شرح المجلة لسليم رستم ٣١٨ .

ويرى الأحناف أنه لا سبيل إلى ورود الغصب أو الإتلاف على المنافع باعتبارها أعراضا لا بقاءلها ، لفنائها بطبيعتها وتجدد حدوثها شيئا فشيئا[1] ، فلا يتعلق بها فعل الغاصب أو المتلف . ولعل هذا التحليل صحيح فى أساسه من الناحية الفلسفية ، غير أنه لا يصح من الناحية الحقوقية حيث لا يشترط تحيز المغصوب وبقاؤه فى الزمان لتحقق غصبه أو إتلافه فى العرف وتقدير الناس . وهم لذلك يقولون غصب فلان منفعة هذه الدار سنة ثم ردها على صاحبها أو فوّت منفعتها وأتلفها دون أن يثير ذلك فى نفوسهم أى إحساس بالتناقض المنطقى . وإذا تعذر التعدى على المنفعة لعدم بقائها من الناحية المنطقية فإن حبس محلها يعد سببا كافيا لقيام هذا التعدى . ويجب الالتفات إلى حقيقة اختلاف النظر الحقوقى فى أى نظام قانونى عن النظر الفلسفى فى المقصد والأساس فمقصد النظر الحقوقى هو تحقيق العدل ورفع الظلم وأساسه هو المواضعات العرفيه والاجتماعية ، على حين يسعى النظر الفلسفى إلى إدراك الماهية والكنه على أساس من التحليل المنطقى والعقلى . ويفسر ذلك الإحساس الذى يرد إلى ذهن الرجل العادى بغرابة ادعاء أن المنافع لا سبيل إلى إتلافها لعدم بقائها أزمانا .

١٨٤ – وينازع فقهاء المذهب الحنفى كذلك فى اعتبار المنافع أموالا ، حسبما سلفت الإشارة إليه . يقول صدر الشريعة فى ذلك : (والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال ، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة)[2] .

والتحقيق عند الجمهور أن المنفعة مال ، بل هى الغرض الأظهر من الأموال ، إذ لا يحرص الناس على الأعيان ولا يقتنونها ويبذلون الأموال فى الحصول عليها إلا لما تجره من منافع . فإذا أهدرنا مالية المنافع أدى ذلك إلى إهدار مالية الأعيان من باب أولى ، بحكم أن المنافع هى المقصود المباشر والأعيان هى الوسيلة إليها ويؤدى إهدار مالية أى منهما إلى منافاة قصد الشارع وأعراف الناس .

---

(١) شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسى : ٦٩٨/٢ ، والمبسوط : ٨٧/١١ .
(٢) التوضيح لعبيد الله بن مسعود : ٣١٤/١ .

١٨٥ – وقد أدى الخلاف فى تحليل المنافع وفى ماليتها إلى اختلاف الفقهاء فى ضمان الأضرار المتعلقة بماليتها . ولهم فى ذلك ثلاثة اتجاهات : .

(أ) موقف النافين لضمان المنافع . وهو رأى الأحناف .

(ب) موقف المثبتين لضمان المنافع بالتفويت دون الفوات . وهو مذهب المالكية فى منافع الأموال ، كما أنه هو مذهب الإمامية والراجح من مذهب الشافعية فى ضمان منافع الإنسان الحر .

(ج) موقف المثبتين لضمان المنافع مطلقا ، سواء فوتها المعتدى واستفاد بها أو فاتت عنده وعطلها ، كما لو غصب دارا ولم يسكنها ، وسواء كانت المنفعة منفعة مال (عقار أو منقول) أو منفعة إنسان . وهذا هو الراجح من مذهب الحنابلة وهو الرأى المرجوح فى المذهب الشافعى . وإنما يقوم هذا النظر على إيجاب ضمان المنفعة بإتلافها جبرا للضرر الواقع على المستحق للمنفعة . وهذا النظر الموجب لضمان المنافع بإطلاق أبلغ فى تحقيق المقصد الشرعى : رفع الضرر ، وأعون على صياغة قاعدة عامة لضمان الأضرار الناشئة عن التعدى ، سواء تعلق الضرر بالأعيان أم بالمنافع .

وفيما يلى بيان هذه المذاهب ومناقشة أدلتها :

مذهب الأحناف :

١٨٦ – المنافع غير مضمونة عند الأحناف ، سواء استوفاها الغاصب وانتفع بها أو فاتت عنده وعطلها ولم يستفد بها ، (فإذا استعمل عبدا أو حرًّا قهرا أو أمسكه زمانا ولم يستعمله لا يضمن شيئا)[1] . لكنه يضمن ما ينقصه الاستعمال للأموال . جاء فى الهداية : (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان .. ولا فرق بين ما إذا عطلها أو سكنها)[2] . ولا تعلق لإيجابهم ضمان نقصان أعيان الأموال الناشىء عن الاستعمال بنفيهم ضمان المنافع ، لارتباط النقصان بأعيان الأموال باعتباره

---

(١) مجمع الضمانات : ١٣٠ .

(٢) تكمله فتح القدير : ٢٨١/٨ .

إتلافا جزئيا لهذه الأعيان . وفى المبسوط أنه (ليس على الغاصب فى سكنى الدار وركوب الدابة أجر)[1] .

١٨٧ - ومن أدلة الأحناف لمذهبهم أن (المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة . وبيانه أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول . والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة . والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض ، كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى ، فلا يتصور فيها التمول ... وعلى هذا نقول : الإتلاف لا يتصور فى المنفعة أيضا ، لأن فعل الإتلاف لا يحل المعدوم ، وبعد الوجود لا يبقى لحله فعل الإتلاف ، وإثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز . فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس)[2] .

ولا يسلم الخصوم بهذا الدليل الذى يقوم على نفى التقوم والمالية عن المنافع إلا بالعقد . ومن أدلة الأحناف على عدم ضمان المنافع أن الضمان مقيد بالمثل ، ولا تمكن المماثلة فى تضمين المنافع ؛ إذ لو وجب ضمانها لكان سبيله دفع أعيان الأموال فى مقابلة المنافع ، وأعيان الأموال لا تماثلها فوجب إهدارها لذلك. يقول صدر الشريعة فى هذا المعنى : (التقيد بالمثل واجب فى كل باب ، كالأموال كلها والصلاة والصوم ونحوهما . ووضع الضمان عن المعصوم جائز فى الجملة كإتلاف العادل مال الباغى والحربى مال المسلم . والفضل[3] على المتعدى غير مشروع أصلا ، قال الله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ . ويلزم منه ، أى من إيجاب الفضل على المتعدى نسبة الجور ابتداء إلى صاحب الشرع .. لأن المال المتقوم لا يماثل المنفعة ، فلو وجب يكون التفاوت مضافا إلى الشارع ولذا لا يجوز . أما عدم الضمان فمضاف إلى عجزنا عن الدرك ،أى إن قلنا بعدم الضمان فإنما نقول به لعجزنا عن درك المثل ،

---

(١) المبسوط للسرخسى : ٧٩/١١ .

(٢) السابق : ٧٩/١١ .

(٣) أى الزيادة عن المثل بإيجاب ضمان المنافع ببذل الأعيان فى مقابلتها .

فإن وقع جور يكون منسوبا إلينا لا إلى الشارع)[1] .

ويقوم هذا الدليل على نفى تقوم المنافع وماليتها وعدم إمكان المماثلة فى ضمانها تبعا لذلك ، إذ لو وجب الضمان لتعين بذل الأعيان المتقومة فى المنافع غير المتقومة . ولا يخفى أن هذا الاستدلال لا يستند إلى قاعدة شرعية أو عرفية ، وسيأتى أن المماثلة قد تكون حقيقية برد المثل أو حكمية كرد القيمة عند تعذر المثل .

١٨٨ – وأقوى أدلة الأحناف على مذهبهم قوله ﷺ : « الخراج بالضمان »[2] . ويفيد هذا الحديث بظاهره أن الضمان سبب مستقل لاستحقاق الخراج . وإذا كان الحديث قد ورد فى واقعة معينة ، وهى واقعة الرد بالعيب ، فإن لفظه عام يشمل الغاصب وغيره ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما هى القاعدة الأصولية[3] . ولذا لا يضمن المشترى منافع المبيع المعيب إذا رده على البائع ، ولا الغاصب منافع المغصوب لأن العين كانت فى ضمانهما وتهلك عليهما لو هلكت فى يدهما وقضيته أن منافع المغصوب وغلته للغاصب بحكم ضمانه .

ويرد على هذا الاستدلال الوجوه التالية :

الأول : مخالفة عدد كبير من الأصوليين فى إفادة العموم للألفاظ التى تحتمله إذا وردت فى سبب خاص . وعند هؤلاء أن اللفظ العام إذا ورد فى سبب خاص حمل عليه واختص به . وينسب الزنجانى وغيره هذا الرأى للشافعى ،ومالك ،وأبى ثور ، والمزنى ، والقفال الشاشى ، وأبى بكر الدقاق، . وحجتهم أن اللفظ (نص فى حق السبب إجماعا حتى لا يجوز تخصيصه بدليل .

---

(١) التوضيح : ٦٢٢/٢ .

(٢) روى هذا الحديث عن عائشة بلفظ أن النبى ﷺ قضى أن الخراج بالضمان . وفى بعض طرقه ذكر السبب وهو أن رجلاً ابتاع غلاما فاستغله ، ثم وجد به عيبا فرده بالعيب . فقال البائع : غلة عبدى ؟ فقال النبى ﷺ : الغلة بالضمان . وهذا الحديث أخرجه أحمد فى مسنده : ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ ، والترمذى فى كتاب البيوع ، وأبو داود ، وابن ماجة فى كتاب التجارات . وهو حديث صحيح ، انظر : نيل الأوطار : ٣٢٦/٥ ، والتلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير : ٢٢/٣ .

(٣) انظر هذه القاعدة فى المعتمد : ٢٧٩/١ ، وجمع الجوامع : ٣٨/٢ والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٢٤٠ .

وكون اللفظ نصا فى محل السبب دليل على أنه لم يتناول غيره ، إذ لو تناول غيره لتناوله على وجه الظهور حتى يجوز تخصيصه وإخراجه بالدليل المخصص . ولو تناول غيره على وجه الظهور وجب ألا يتناول محل السبب على وجه النص ، لأن اللفظ العام إذا كان مستغرقا متناولا مسميات لا يكون متناولا للبعض على سبيل الظهور والبعض على وجه النص ، لأن نسبة اللفظ العام إلى جميع المسميات نسبة واحدة)[1] . ويعنى ذلك فى خصوص حديث الخراج بالضمان أن الحكم للمشترى بالغلة فى مقابل الضمان هو منصوص الحديث فلا يتناول الحكم بالخراج للغاصب إلا على وجه الظهور ، وهو ما لا يصح ، لاقتضاء ذلك أن يدل اللفظ العام على بعض مسمياته بوجه النص والبعض الآخر بوجه الظهور ، وهو ما يخالف المبدأ القاضى بوجوب استواء نسبة أفراد العموم إلى لفظه ودلالته عليها .

والثانى : أن عموم لفظ الحديث مخصص بأدلة أخرى غير السبب الذى ورد فيه الحديث . من ذلك قوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق »[2] ، فإن نفى أى حق للظالم يقتضى نفى حق الغاصب فى منفعة المغصوب . ومما يخصص عموم لفظ الحديث قواعد الشريعة القاضية برفع الضرر وبتحديد أسباب الكسب الطيب ، مما لا يشمل التعدى على منافع الغير والاستبداد بها . وبذا يحمل عموم الخراج بالضمان على ما إذا نشأ هذا الضمان بسبب مشروع يقره الشارع ، وذلك كالملك بالنسبة للمشترى قبل الرد بالعيب . أما إذا نشأ الضمان بسبب غير مشروع كالغصب فلا يقتضى استحقاق الخراج ، حتى لا يكون التعدى سببا للكسب ، وحتى لا يقر الغاصب على غصبه ، ولأن المنافع تطرأ على ملك المغصوب منه فيتعلق بها حقه ويحرم منها الغاصب لتعديه . وبهذا فإن مما يناسب مسلك الشريعة تخصيص الخراج بالضمان الناشىء عن سبب مشروع .

والثالث : أن حمل الحديث على العموم قد أوقع فى التناقض مع قواعد الشريعة . يظهر ذلك فيما أفتى به الأحناف من أن الغاصب لو أجر المغصوب

---

(١) تخريج الفروع على الأصول : ٣٦٠ .

(٢) انظر طرق هذا الحديث وتخريجه فى نيل الأوطار : ٦/٦٦ .

استحق الغلة أو الأجرة لنفسه ، ولا يستحقها رب المال . ومذهب أبى يوسف أنها تطيب للغاصب وتحل له شرعا ، بناء على أن العين كانت فى ضمانه . ومذهب أبى حنيفة ومحمد أنها لا تطيب للغاصب ولا تحل له ، حتى لا يكون التعدى سببا للكسب . والتناقض فى مذهب أبى حنيفة ومحمد أن المنافع إذا لم تطب للغاصب شرعا وجب ردها إلى صاحبها . أما مذهب أبى يوسف فإنه يتناقض مع مسلك الشرع فى نفى أن يكون التعدى سببا للكسب المشروع . ومن جهة أخرى فإن عموم الحديث لا يبرر مذهب الأحناف فى جميع الأحوال ؛ فإن الغاصب إذا أجر الدار وقلنا إنه يستحق الأجرة لنفسه لزم من ذلك أنه استحق خراج ما لم يضمن ، لأن العقار غير مضمون على الغاصب فى مذهب الأحناف حسبما تقدم .

ولا يستقيم لذلك مذهب الأحناف فى عدم ضمان المنافع ويؤدى إلى ضياع حقوق الناس .

١٨٩ – وقد استنبط الأحناف من حديث الخراج بالضمان قاعدة تؤيد مذهبهم فى عدم ضمان المنافع ، هى قاعدة : الأجر والضمان لا يجتمعان . ويتفرع على هذه القاعدة الحكم بعدم ضمان المستأجر الأجرة فى المنفعة الزائدة عن المشروط ، كما لو استأجر دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت الدابة ، فإنه يلزمه الضمان ولا أجر عليه[1] ، وكذا لو عين المؤجر له طريقا فذهب إلى المحل المشروط من طريق آخر[2] ، وكذا لو اتفقا على وقت فزاد المستأجر فيه[3] ، أو استأجرها للركوب فاستأجرها للحمل[4] ، أو إذا شرط على المستأجر الركوب بنفسه فأركبها غيره[5] ، وكذا لو ضربها بدون إذن صاحبها سواء كان ذلك على الوجه المتعارف أم لا[6] فى مذهب أبى حنيفة ،

---

(١) مادة : ٥٤٦ من العدلية .
(٢) السابق : مادة ٥٤٧ .
(٣) السابق : مادة ٥٤٨ .
(٤) السابق : مادة ٥٤٨ .
(٥) السابق : مادة ٥٥٠ .
(٦) السابق : مادة ٥٥٦ .

وهو الذى عليه الفتوى[1] فى المذهب . لكن لو أذن له فى ضربها فإنه يتقيد بالضرب المعتاد وإلا ضمن[2] .. ولا يضمن المتعدى فى جميع هذه الأمثلة أجرة الدابة ، لدخولها فى ضمانه ، وحتى لا يجتمع عليه الأجر والضمان .

ويختص عدم اجتماع الأجر والضمان باتحاد السبب والمحل . وأما إذا اختلفا فلا يمتنع اجتماع الأجر والضمان ، وذلك كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه إلى محل معين فأردف معه غيره ممن يستمسك بنفسه ، وبعد وصوله إلى ذلك المحل هلكت الدابة ، فإنه يضمن الأجرة مع نصف القيمة ، لتلف الدابة بفعل مأذون فيه وآخر غير مأذون فيه فلا يضمن إلا نصف القيمة مقابل تعديه بإركاب غيره . وإنما وجبت عليه الأجرة لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها ، فكان الأجر لسبب والضمان لسبب آخر[3] .

ويرد على هذه القاعدة ما ورد على قاعدة الخراج بالضمان ، لاستنادها إليها ، فضلا عن أنه لا تنافى بين إيجاب الضمان ووجوب الأجرة لاستقلال السبب الموجب لكل منهما .

استثناءات متأخرى الأحناف:

١٩٠ – أفتى متأخروا الأحناف باستحسان ضمان المنافع فى ثلاث صور . وفى ذلك يقول ابن عابدين : منافع الغصب استوفاها (أى الغاصب) أو عطلها .. لا تضمن عندنا إلا فى ثلاث ، فيجب أجر المثل على اختيار المتأخرين :

١ – (أن يكون المغصوب وقفا للسكنى أو للاستغلال) .
٢ – (أو مال يتيم) .
٣ – (أو معدًا للاستغلال ، بأن بناه « أى المغصوب منه » لذلك ، أو اشتراه لذلك . قيل أو آجره ثلاث سنين على الولاء)[5] .

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٠٠ .
(٢) المادة : ٥٥٧ من المجلة العدلية .
(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٥٨ .
(٥) حاشية ابن عابدين ١٣١/٥ ، ١٤٥ .

ويلتحق بذلك تضمين منفعة اليتيم نفسه ؛ فلو أن (يتيما لا أب له ولا أم استعمله أقرباؤه فى أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجارة له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوى أجر المثل)[1] .

وعلى الرغم من أن مجلة الأحكام العدلية قد اتبعت مذهب الأحناف فى عدم ضمان المنافع فقد تضمنت هذه الاستثناءات التى أفتى بها المتأخرون[2] ، بناء على ما لاحظوه من طمع الناس فى مال الوقف واليتيم وحملا لمسلك المنتفع بالمعد للاستغلال على رضائه بدفع أجر المثل ، وللحاجة إلى حماية هذه المشروعات الصغيرة من جشع بعض المترددين عليها . ومع ذلك فإن هذه الاستثناءات تضعف حجج الأحناف على أصل مذهبهم ، كما أنها تقرب بين هذا المذهب وبين مذهب الجمهور فى ضمان المنافع .

١٩١ – ويشترط لضمان منفعة المعدّ للاستغلال فى المذهب الحنفى ألا يجرى الانتفاع به بتأويل ملك ، خلافا لمنفعة الوقف واليتيم فإنها مضمونة بكل حال . وقد جاء فى المادة ٥٩٦ من المجلة النص على ذلك ، ولفظها :
(لو استعمل واحد مالا بدون إذن صاحبه كان غاصبا فلا يلزمه ضمان منافعه . ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مالَ صغير فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة ، أى أجر المثل ، بكل حال . وإن كان معدًّا للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة ، أى أجر المثل ، إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد . -

(مثلا لو سكن أحد فى دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة) . .
(لكن إن كانت الدار وقفا أو مال صغير فعلى كل حال ، يعنى إن كان ثمة تأويل ملك أو عقد أو لم يكن ، يلزم أجر مثل المدة التى سكنها .
(وكذلك إذا كانت دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد يلزم أجر المثل . وكذا لو استعمل أحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل) .

---

(١) السابق .
(٢) مادة : ٥٩٦ من المجلة العدلية .

وتنص المادة ٥٩٧ من المجلة العدلية على دفع ضمان منفعة المعدّ للاستغلال إذا جرى استعماله بتأويل ملك . ولذلك لو (تصرف أحد الشركاء فى المال المشترك بدون إذن شريكه فليس للشريك الآخر أخذ أجرة حصته ، لأنه استعمله على أنه ملكه)[1] . وكذلك تنص المادة ٥٩٨ من المجلة على نفى ضمان منفعة المعدّ للاستغلال إذا جرى الانتفاع به بتأويل عقد . فعلى سبيل المثال (لو باع واحد من آخر حانوتا يملكه بالاشتراك مع غيره ، وذلك بدون إذن شريكه ، وتصرف فيه المشترى مدة ثم لم يجز البيع الشريك الآخر ، واسترد حصته من المبيع فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحانوت معدا للاستغلال ، لأن المشترى استعمله بتأويل عقد ، بمعنى أنه تصرف فيه بحكم عقد البيع ، فلا يلزمه — من ثم — ضمان المنفعة)[2] .

وتباعد هذه الشروط الواردة على تضمين منفعة المعد للاستغلال بين مذهب الجمهور فى ضمان المنافعوبين ما أخذتبه المجلة العدلية فى هذه المسألة ، كما تدل على رغبة القائمين على المجلة فى الالتزام بأصل المذهب الحنفى .

مذهب المالكية :

١٩٢ — يفرق المالكية فى ضمان المنفعة بين الغصب والتعدى . والغصب عندهم هو القصد إلى الاستيلاء على العين ، أما التعدى فهو التصرف فى الشيء تصرفا يؤدى إلى إتلافه ، كحرقه ، أو إتلاف بعضه ، أو إتلاف منفعته ، سواء باستيفائها أو بتعطيلها[3] . وإنما يختلف التعدى عن الغصب — فى اشتراط السببية بين فعل المتعدى والضرر ، فلا يكون مسئولا لهذا عما يحدث بآفة سماوية فيما نص عليه الخرشى[4] . أما الغاصب فإنه مسئول مسئولية مطلقة عما يلحق بالمغصوب من ضرر ، سواء نشأ ذلك بفعله أو بآفة سماوية .

---

(١) المادة المذكورة : ٥٩٧ من العدلية .

(٢) مادة : ٥٩٨ من العدلية .

(٣) انظر الفرق بين التعدى والغصب وتعريفهما فى الخرشى : ١٤٨/٦ ، وتقنين الشريعة على مذهب مالك ٢١٢/٢ .

(٤) الخرشى : ١٤٨/٦ .

١٩٣ – وإجمال مذهب المالكية فى ضمان المنافع فيما يلى :

(أ) اعتبر المالكية المنافع مما يلحقه الغصب أو الإتلاف وأنها أموال متقومة ، خلافا للأحناف .

(ب) إذا قصد الغاصب الاستيلاء على العين فإنه يضمنها ولا يضمن المنافع إلا بالتفويت دون الفوات . وبهذا يضمن الغاصب للعين كلا من العين نفسها ونقصانها ومنفعتها إذا انتفع بها ، لتعدد المضمون فيتعدد الواجب . ولا يتداخل عندهم ضمان المنفعة فى ضمان العين ، كما هو مقتضى القاعدة الحنفية : الأجر والضمان لا يجتمعان .

(ج) أما إذا قصد المتعدى الاستيلاء على المنفعة فإنه يضمنها مطلقا ، سواء فوّتها وانتفع بها ، أو فاتت منه وعطلها ، فلو استولى على أرض بقصد زراعتها دون أن يقصد تملكها فإنه يضمن منفعتها . ولو كانت سيارة فتلفت العين بآفة سماوية ضمن المنفعة ، (لأنها هى التى تعدى عليها)[1] ، ولم يضمن العين ، لأنه فى التعدى لا يسأل إلا عن الضرر الذى تسبب فيه . ولا يشترط التفويت للمنفعة فى الضمان بالتعدى ، خلافا للغصب ؛ ففى حاشية الدسوقى : (إذا غصب أرضا وبوّرها ، فإن قصد غصب الذات فلا كراء عليه ، وإن قصد غصب المنفعة لزمه كراء مثلها[2] . وكذا لو تصرف غاصب الذات بهبتها واختار المالك تضمين الغاصب فليس له إلا قيمة الذات . لأن الغاصب لم يستوف المنفعة[4] .

(د) منفعة بدن الحر مضمونة عند المالكية بالتفويت دون الفوات ؛ ففى حاشية الدسوقى أن منفعة الحر مضمونة بالاستيفاء والاستخدام كأن يؤجره أو يجبره على العمل . أما لو حبس الحر حتى فاته عمل من تجارة ونحوها فإن منفعته هذه لا تضمن[3] . ولا يطرد هذا مع ما ذهبوا إليه فى إيجاب ضمان المنافع إذا قصد المعتدى الاستيلاء عليها ، وتضمينهم للمعتدى فى أحوال الاستيفاء والتعطيل . ولا يطرد مذهبهم إلا بإيجاب ضمان المنافع فى كل حال .

---

(١) حاشية الدسوقى : ٤٥٢/٣ .

(٢) السابق : ٤٤٩/٣ .

(٣) السابق : ٤٥٤/٣ .

مذهب الشافعية :

١٩٤ – يفرق الشافعية بين المنافع المتقومة التى أباح الشارع الانتفاع بها وبين المنافع غير المتقومة التى لم يجز الشارع الانتفاع بها ، ويوجبون ضمان المنافع المتقومة وحدها . وفى ذلك يقول العز بن عبد السلام : (وأما المنافع فضربان : أحدهما منفعة محرمة كمنافع الملاهى .. فلا جبر لهذه المنافع احتقارا لها ، كما لا تجبر الأعيان النجسة لحقارتها . فإن استوفى شيئا منها بغير مطاوعة من ذى المنفعة فلا يجبر شىء منها إلا مهر المزّنى بها كرها أو شبهة . ولا يجبر مثل ذلك فى اللواط ، لأنه لم يتقوم قط فأشبه القبل والعناق . الضرب الثانى أن تكون المنفعة مباحة متقومة فتجبر فى العقود الفاسدة والصحيحة والفوات تحت الأيدى المبطلة والتفويت بالانتفاع ، لأن الشارع قد قومها ونزلها منزلة الأموال . فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف ، لأن المنافع هى الغرض الأظهر من جميع الأموال ، فمن غصب قرية أو دارا قيمتها فى كل سنة ألف درهم وبقيت فى يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوى أضعاف قيمتها . ولو لم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيدا عن العدل والإنصاف الذى لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه)[1] .

١٩٥ – ويستدل الشافعية على مذهبهم فى ضمان المنافع بالأدلة التالية :

(أ) المنافع من الأموال ، بكونها (الغرض الأظهر من جميع الأموال) فى تعبير العز ، بل هى أحق بوصف المالية من الأعيان بتعبير الزنجانى الذى يذكر أن الأعيان (لا تسمى مالا ، إلا لاشتمالها على المنافع ولذلك لا يصح بيعها بدونها)[2] .

وينطلق الشافعية فى تسويتهم بين المنافع والأعيان فى المالية من تحليلهم لطبيعة المنافع ؛ فهم يرون أن حقيقتها هى (تهيؤ الأعيان واستعدادها وشكلها لحصول الأغراض منها)[3] . ولذا تجب الأجرة عندهم بمجرد العقد ، بناء على

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام : ١٨٣/١ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ٢٢٥ .

(٣) السابق .

تهيؤ العين لحصول المقصود منها[1] ، خلافاً للأحناف الذين لا يرون وجوب الأجرة بعقد الإجارة ، بل بتعجيل الأجرة أو اشتراط ذلك التعجيل أو استيفاء المعقود عليه ، على أساس أن العقد ينعقد شيئا فشيئا ، حسب حدوث المنافع المعدومة وتواليها فى الزمان بفعل المنتفع فى العين[2] . ويعنى تهيؤ الأعيان لحصول المنافع استعدادها لتولد المنافع عنها ، ولذا يمكن مقابلتها بالأجرة دفعة واحدة فى عقد الإجارة أو ببدلها فى الإتلاف ، سواء إستفاد بها المتعدى أم عطلها ولم يستفد بها . وبهذا التحليل فإن المعقود عليه فى الدار هو تهيؤها للانتفاع بالسكنى والكتاب بالقراءة والدابة بالركوب والحمل . وهذه الاستعدادات للانتفاع هى المضمونة بالإتلاف كذلك .

ويرد الشافعية إنكار الأحناف مالية المنافع بناء على كونها مجرد أفعالا يحدثها الشخص المنتفع فى أعيان الأموال بأن الأحكام الشرعية مبنية على الاعتقادات العرفية لا على الحقائق العقلية . ولذا حكم الشرع بماليتها وأجاز المعاوضة عليها فى عقد الإجارة[3] . وقاس الشافعية على ذلك جواز أن تكون المنفعة صداقا ، خلافا للأحناف فى ذلك .

(ب) عدم تضمين المنافع يورث الوقوع فى الظلم وانتشار الضرر ، وهو خلاف مقصود الشارع من شرع الضمان ، فمن يسكن دارا بدون إذن صاحبها مدة طويلة فإنه يحرم صاحبها من الانتفاع بها ، ويتسبب فى تغريمه أموالا طائلة باضطراره إلى استئجار دار أخرى ، فلو لم يجب الضمان على المتعدى لكان ذلك إقرارا له على الظلم ومخالفة لمقتضيات (العدل والإنصاف الذى لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه) ، بتعبير العز بن عبد السلام .

١٩٦ – وتفريعا على ذلك يذهب الشافعية إلى ضمان المنافع المتقومة للأموال مطلقا ، سواء باستخدامها أم بتعطيلها . جاء فى مغنى المحتاج : (وتضمن بأجرة المثل منفعة الدار والعبد ونحوهما من كل ماله منفعة يستأجر عليها كالكتاب

---

(١) مغنى المحتاج : ٣/٣٢٤ .
(٢) الهداية : ٣/٢٣٢ ، والمبسوط : ١٥/١١١ .
(٣) تخريج الفروع للزنجانى : ٢٢٦ .

والدابة .. بالتفويت كأن يطالع الكتاب ويركب الدابة والفوات فى يد عادية بأن لم يفعل ذلك ولا غيره كأغلاق الدار ، لأن المنافع متقومة فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان . فإن تفاوت الأجر فى المدة ضمن كل مدة بما يقابلها ، أو كان للمغصوب صنائع وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن)[1] . ولا يشترط فى المنافع المضمونة إلا أن تكون متقومة ومعتبرة شرعا . أما إذا كان المغصوب مما لا يجوز استئجاره نحو كلب فلا أجرة له[2] .

ولا يشترط فى المنافع المضمونة وقوع المعاوضة عليها بالفعل ، ويكفى عدم إهدار الشارع لها . ولذا يوجب الشافعية الضمان على من أغلق مسجدا لحفظ متاعه فيه ، وتجب أجرة المسجد جميعه مع أنه لا يؤجر ، وينفق الواجب من ذلك فى مصالح المسجد . أما إن وضع متاعه فيه ولم يغلقه فإنه يضمن أجرة مثل هذا الموضع إذا لم يكن المتاع ذا مصلحة للمسجد ولا يعتاد الناس وضعه فيه .

١٩٧ – ويقتضى أصل الشافعية فى ضمان المنفعة المعتبرة شرعا القول بضمان منفعة الحر . وهو ما رجحه بعض الشافعية . غير أن الراجح فى المذهب التفريق فى منافع الحر بين تفويتها وفواتها ، وقصر وجوب الضمان فيها على التفويت وحده؛ ففى مغنى المحتاج أنه (لا تضمن منفعة بدن الحر إلا بالتفويت فى الأصح . فإن حبسه ولم يستوف منفعته لم يستحق شيئا وإن كان صغيرا ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد ، فمنافعه تفوت تحت يده). والرأى المرجوح فى المذهب (أن منفعة الحر تضمن بالفوات أيضا ، لأن منافعه تقوم فى الإجارة الفاسدة ، فأشبهت منافع الأموال)[4] .

---

(١) مغنى المحتاج : ٢٨٦/٢ ، وانظر ذلك فى المهذب : ٣٦٧/١ ، ونهاية المحتاج : ١٦٨/٥ ، والشروانى وابن قاسم : ٢٩/٦ .
(٢) نهاية المحتاج : ١٦٨/٥ .
(٣) السابق : ١٦٩/٥ .
(٤) مغنى المحتاج : ٢٨٦/٢ .

والتعليل للرأى الراجح فى المذهب ، وهو عدم ضمان منافع الحر إذا عطلت ، بأن منافعه تفوت تحت يده تعليل يفتقر إلى الوضوح ولا يسلم إلى نتيجته ؛ فغايته أن منافع الحر المعطلة لم تفت تحت يد المتعدى ، بل فاتت فى يد الحر نفسه لكونه ليس محلا للغصب . وهذا النظر قد يصح من الوجهة العقلية ، ولكنه لا يصح من الوجهة العرفية ، لأنه لا فرق فى العرف بين من يتسبب فى تفويت منفعة الدار بغصبها وإغلاقها وبين من يحبس شخصا ويمنعه عن الحركة والعمل ، ويجمعهما تضييع المنافع فى الحالين . وهذا هو الذى التفت إليه بعض الشافعية حين أوجبوا ضمان منفعة الحر بالتفويت والفوات أسوة بمنافع الأموال .

١٩٨ – وتضمن منفعة الأثمان كالدراهم والدنانير على رأى فى المذهب الشافعى ؛ ففى المهذب أنه لو غصب دراهم واشترى بها سلعة ونقد الدراهم فى ثمنها وربح ففى الربح قولان : قال فى القديم هو للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه ، فصار كالثمرة والولد . فعلى هذا يضمنه الغاصب لو تلف فى يده كالثمرة والولد . وقال فى الجديد هو للغاصب ، لأنه بدل ماله فكان له[1] . ويبدو أن الرملى يرجح القول الجديد ويذكر أن الربح للغاصب ، وذلك فى نصه على أن الواجب على الغاصب هو رد مثل الدراهم المغصوبة إن تعذر ردعينها .

١٩٣ – ولا يتداخل الواجب فى التعدى على الأعيان مع الواجب بالتعدى على المنافع . فلو غصب دابة فتعيبت عنده وجب أرش العيب مع ضمان منفعتها كذلك ، لتنوع السبب فيتنوع الواجب[3] . وكذا لو غصب سيارة فأتلف شيئا فيها وجبت أجرتها مدة بقائها فى يده مع غرامة التالف . جاء فى شرح المنهج : (ويضمن فى غصب منفعة ما يؤجر كدار ودابة بتفويتها وفواتها ، كأن يسكن الدار أو يركب الدابة ، أو لم يفعل ذلك ، لأن المنافع متقومة كالأعيان ، سواء كان مع ذلك أرش نقص أم لا . ويضمن بأجرة مثله سليما قبل النقص ومعيبا بعده)[4] . ولو قيل بأن المتعدى يرد أجرة مثله سليما حتى رد أرش النقص لكان أوفق ، بناء على أن النقص حدث بفعله فيجب عليه ضمان ما تسبب فيه ، فإن الضرر لا ينقطع إلا بأداء مقابله .

---

(١) المهذب للشيرازى ١/٣٧٠ .
(٢) نهاية المحتاج : ٥/١٨٢ .
(٣) السابق : ٥/١٧٠ ، ١٧٢ .
(٤) حاشية الجمل : ٣/٤٨٢ .

مذهب الحنابلة :

١٩٤ – يوجب الحنابلة ضمان المنافع المتقومة التى يتمولها الناس فى العادة ويبذلون الأموال فى الحصول عليها ، سواء بتفويتها أو فواتها . أما المنافع غير المتقومة كمنافع الغنم والشجر فلا تضمن بالرغم من صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب ، وذلك لأنها غير متقومة فى العرف[1] ، بحكم أن تمولها نادر ، والنادر لا حكم له . وقد نصت المادة ١٣٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على ذلك بلفظ : (منافع المغصوب مضمونة سواء استوفاها الغاصب أو غيره أو ضاعت ، فيضمن الغاصب أجرة المغصوب الذى جرت العادة بتأجيره إلى حين رده أو تلفه أو إلى حين أداء القيمة فيما عجز عن رده) . ولا يفرق الحنابلة فى وجوب ضمان منافع الأموال بين تفويت هذه المنافع وبين تلفها ، (لأن كل ماضُمِن بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف فى يده كالأعيان . وحديث الخراج بالضمان وارد فى البيع فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم)[2] . وفى هذا يتفق الحنابلة مع الشافعية .

٢٠٠ – أما منافع الحر فتضمن عند الحنابلة باستيفائها وبتعطيلها . وفى ذلك تنص المادة ١٣٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على أن منافع الحر (متقومة ، فلو استوفاها أو عطلها بحبسه ضمنها) . يوضحه ما جاء فى منتهى الإرادات أن من (استعمل الحر كرها فى خدمة أو خياطة أو غيرهما فعليه أجرته لاستيفاء منافعه المتقومة . وإذا حبسه مدة لها أجرة فعليه أجرته مدة حبسه ، لأنه فوت منفعته زمن الحبس ، وهى مال يجوز أخذ العوض عنه كنافع العبد)[3] . أما لو عطل الحر عن العمل ومنعه منه دون حبس فقد ذكر البهوتى أنه لا ضمان لمنفعته . وفى ذلك يقول . (لو منع إنسانٌ آخرَ العمل من غير حبس فلا ضمان عليه فى منافعه ، ولو كان الممنوع عبدا ، لأن منافعه فاتت تحت يده

---

(١) كشاف القناع : ١١١/٣ .

(٢) كشاف القناع : ١١١/٣ .

(٣) منتهى الإرادات للبهوتى : ٤٠١/٢ .

فلا يضمنها الغير)[1] . ويورد صاحب المبدع وجهين فى المذهب فى ضمان منافع الحر ، سواء بحبسه أو منعه عن العمل[2] ، مما يدل على وجود اتجاه فى المذهب الحنبلى إلى القول بضمان منافع الحر مطلقا . أما الاتجاه الذى يوجب الضمان بتفويت منافع الحر بالحبس دون المنع عن العمل فلا يبرره إلا أن المنافع تفوت تحت يد الحر فيما استدل به أصحاب هذا الاتجاه على مذهبهم . والتحقيق أن هذا التعليل غامض وأن ما يضمن بالإتلاف يجب أن يضمن بالتلف ، وأنه لا فرق بين المنع من العمل وبين الحبس فى تضييع المنافع وإهدارها وتضرر صاحب المنفعة ، ويجب القول بالضمان فى الحالين لذلك .

٢٠١ – ولا يتداخل فى المذهب الحنبلى ضمان المنفعة مع ضمان الأعيان؛ فلو غصب دابة وبقيت عنده مدة ، ثم تلفت وتجبت عليه أجرتها إلى حين التلف ، كما تجب عليه قيمتها أيضا . لأن كل واحد من هذين الضمانين قد نشأ بسبب مستقل ، فالأجرة إنما وجبت بتلف المنافع فى اليد العادية ، كما وجبت قيمة الدابة بتلفها فى هذه اليد . ولو قيل بوجوب الأجرة إلى حين رد قيمة الدابة لكان أقيس ، حيث يستمر تضرر مالك الدابة بفوات منفعتها إلى حين تمكنه من الانتفاع ببدلها . وهذا هو ما نص عليه الحنابلة فى مسألة تعذر رد المغصوب فترة وإمكان رده بعد ذلك ، كما إذا غصب دابة فشردت ، ورد قيمتها وأجرتها إلى حين رد القيمة ، معللين إسقاط الأجرة عن الغاصب فى الزمن التالى لرده القيمة بأن المالك بقبض قيمة هذه الدابة قد استحق الانتفاع ببدلها فلا يستحق الانتفاع بالمغصوب وببدله الذى قام مقامه فى الوقت نفسه[3] .

٢٠٢ – أما أرباح المغصوب من الأثمان كالدنانير والدراهم فإنها للمالك فى الراجح فى المذهب الحنبلى . وقد نصت على ذلك المادة ١٣٩٦ من مجلة الأحكام الشرعية ، حيث جاء فيها : (ربح التجارة فى المغصوب من نمائه؛ فلو اتجر

---

(١) كشاف القناع : ٧٨/٣ ، ١١٢ ، وانظر : زاد المستقنع لشرف الدين موسى بن أحمد المقدسى ص ٨٧ .

(٢) المبدع : ١٥٣/٥ .

(٣) كشاف القناع : ١١٢/٣ .

الغاصب بعين المغصوب أو عين ثمنه أو اشترى بثمن فى الذمة بنية نقده منه ، فنقده منه فالربح وما اشتراه للمالك ، ولا شىء للغاصب) . وفى المبدع أنه إن اتجر الغاصب بالدراهم أو الدنانير فالربح لمالكها . وإن اشترى فى ذمته ثم نقدها فكذلك . وفى رواية عن أحمد أن الربح للغاصب إذا اشترى فى الذمة[1] . ويشير ابن تيمية إلى هذا الخلاف بقوله : (من كان معه دراهم حراما قد أعطاها إياه واحد ، وبدلها من دراهم والده بدراهم حلال فحكم البدل حكم المبدل منه . فإذا نمت بفعله وربحت أو كسبت ففيه نزاع ، أعدل الأقوال التقسيم بين منفعة المال ومنفعة العامل ، بمنزلة المضاربة ، كما فعل عمر رضى الله عنه فى المال الذى اتجر فيه أولاده من بيت المال)[2] .

وبهذا فإن منفعة الأثمان مضمونه بالاستخدام والاستفادة ، والخلاف هو فى كيفية الضمان . أما إذا لم تستخدم الأثمان المغصوبة فلا ضمان فى الراجح فى المذهب الحنبلى . وقد نصت المادة ١٣٩٧ من مجلة الأحكام الشرعية على ذلك ، حيث جاء فيها : (لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من ربح بحبسه مال التجارة) . ويرد على هذا الرأى : ١ — أنه لا فرق بين التفويت والفوات فى إنشاء الضرر وفى وجوب الضمان تبعا لذلك . ٢ — يتضمن هذا التفريق إلقاء عبء إثبات الغصب فى الأثمان واتجار الغاصب بها وتحقق الفائدة أو الربح على المالك لإيجاب الضمان ، وهو ما من شأنه أن يؤدى فى الواقع إلى تهرب الغاصب من المسئولية . ٣ — التفريق بين التفويت والفوات فى ضمان منفعة الأثمان نوع استثناء من ضمان المنافع دون دليل شرعى يوجبه .

٢٠٣ — وأعتقد لهذا أن الرأى الذى عبر عنه المالكية فى ضمان منفعة الأثمان إذا كانت معدة للتجارة أولى بالقبول من غيره ، لكونه أنفى للضرر الذى شرع الضمان لجبره وأعون على اطراد قاعدة ضمان منافع الأموال . ويعبر الخرشى عن هذا الرأى بقوله : (من غصب دراهم أو دنانير لشخص فحبسها عنده مدة فإنه يضمن الربح لو اتجر ربُّها بها)[3] . ومعناه أن من يغصب نقودا

---

(١) المبدع : ١٨٧/٥ .

(٢) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية : ٣٦٠ .

(٣) الخرشى : ١٤٣/٦ .

فإنه يضمن الخسارة الناشئة لصاحبها من تعطيلها إذا كانت معدة للتجارة . أما إذا لم تكن معدة لذلك فإن الغاصب لا يضمن شيئا لعدم تحقق الضرر للمالك . ولا يذكر الخرشي سوى هذا الرأى ، غير أن العدوى يذكر الخلاف فى مسألة غصب الأثمان والاتجار فيها ، وينقل ثلاثة أقوال :

أولها : أن الربح للغاصب وليس للمغصوب منه إلا رأس ماله .

والثانى : أن الربح للغاصب إن اتجر فيها وهو موسر ، ترجيحا لظن أنه اتجر بماله هو ، وإن كان معسرا فالربح للمغصوب منه ، لأن الغالب على الظن أنه نشأ من الاتجار فى المال المغصوب .

والثالث : أن للمغصوب منه قدر ما كان يربح فى الدراهم والدنانير لو كانت فى يده ، تقديرا للضرر بما فاته من كسب نتيجة ظلم المعتدى وغصبه[1] . وهذا هو الذى اكتفى الخرشي بنقله ، وهو أوفق فى الاعتبار .

مذهب الإمامية :

١٩٩ - يتفق الإمامية مع الشافعية فى ضمان الأموال مطلقا بالتفويت والفوات ، فعندهم أنه (يجب على الغاصب مع رد العين بدل ما كان لها من المنفعة فى تلك المدة أن كانت لها منفعة ، سواء استوفاها كالدار سكنها والدابة ركبها ، أم لا وجعلها معطلة)[2] . وهم يوافقون الشافعية كذلك فى كيفية تقدير المنفعة المضمونه بما يقابل أجرة هذه المنفعة إن انفردت ، وبوجوب أجرة أعلاها إن تعددت ولم يمكن جمعها ، وبوجوب أجرة الجميع إن تعددت وأمكن جمعها . وقولهم فى ذلك أن (المضمون فى غصب كل عين هو المنفعة المتعارفة بالنسبة إليها . ولو فرض تعدد المتعارف منها على نحو التبادل كبعض الدواب التى تعارف استعمالها فى الحمل والركوب معا ، فإن لم تتفاوت أجرة تلك المنافع ضمن تلك الأجرة ، وإن كانت أجرة بعضها أعلى ضمن الأعلى ، فلو فرض أن أجرة الحمل فى كل يوم درهمان وأجرة الركوب درهم كان عليه درهمان)[3] . وأصل ذلك

---

(١) حاشية العدوى بهامش الخرشي : ١٤٣/٦ .

(٢) تحرير الوسيلة للخميني : ١٧٨/٢ .

(٣) السابق .

عندهم أن الغصب والإتلاف يتصور ورودها على المنافع ، لصدق ذلك فى العرف[1] . ولا يتداخل عندهم كذلك ضمان المنافع مع ضمان الأعيان ، لتنوع الموجب فيتنوع الواجب . وفى ذلك يقول الحِلّى : (لو غصب ماله أجرة وبقى فى يده حتى نقص كالثوب يخلق والدابة تهزل لزمه الأجرة والأرش ولم يتداخلا ، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أم لم يكن)[2] .

ويتفق الإمامية مع الشافعية كذلك فى تضمين منفعة الحر بالاستخدام والتفويت لا بالتعطيل والفوات ، بناء على أنها تفوت تحت يد الحر إذا عطلت . ويعبر الحلّى عن ذلك بأنه : (لو استَخْدم الحرَّ لزمه الأجرة . ولو حبس صانعا لم يضمن أجرته مالم ينتفع به ، لأن منافعه فى قبضته ، ولو استأجره فى عمل فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد . والأقرب أن الأجرة لا تستقر لمثل ما قلناه . ولا كذلك لو استأجر دابة فحبسها بقدر الانتفاع)[3] . ويرد على مذهب الإمامية فى التفريق بين التفويت والفوات فى ضمان منافع الحر ما ورد على مذهب الشافعية فى ذلك .

تطبيقات حديثة .

٢٠٥ – يترجح القول بإطلاق ضمان المنافع إذا كانت متقومة ومعتبرة شرعا ، استنادا إلى الأصول الشرعية العامة القاضية برفع الضرر ونفى الظلم والتعدى واستنادا إلى مجموع أقوال الفقهاء فى عموم تفسيراتها لهذه الأصول الشرعية . وبهذا تطرد قاعدة ضمان المنافع مطلقا ، سواء كانت منفعة أعيان مالية أو أثمان أو منفعة إنسان . ويؤدى ذلك إلى إيجاب الضمان فى الصور التالية :

(أ) إذا أخطأ موظف المصرف الإسلامى فى رصد وديعة استثمارية لحساب المودِع وأضافها لحساب غيره فإنه يضمن ما فات على المودع من ربح بهذا الخطأ . وهو قياس مذهب المالكية فيما نقله الخرشى . ولا يضمن هذا الموظف إذا أخطأ فى وديعة جارية ، لأن صاحب هذه الوديعة لم يقصد الاتجار بها

---

(١) بلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم : ٣١٤/٣ .

(٢) شرائع الإسلام : ٢٣٤/٣ .

(٣) السابق : ٢٣٦/٣ ، وبلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم : ٣١٥/٣ ، وتحرير الوسيلة للخمينى : ١٧٧/٢ .

أو المضاربة ، ولم يتضرر بهذا الخطأ فلا يجب الضمان . لكن إذا أدى هذا الخطأ إلى ضياع الوديعة فإن الموظف يضمن ما يقابلها . ويتقيد الضمان فى كل الأحوال بالضرر الواقع بالفعل .

(ب) التأخير فى الوفاء بالدين والالتزام موجب لضمان ما ينشأ عن هذا التأخير من ضرر ، إلا إذا كان هذا التأخير ناشئا من ظرف قاهر فيجوز للقاضى عندئذ توزيع الضرر على أطراف التعاقد ، طبقا لما أوردته فتوى المجلس الفقهى المشار إليها فيما سبق . والقاعدة أنه لا ضمان فيما لا يمكن التحرز عنه :

(جـ) حقوق الابتكار وبراءات الاختراع والملكية الأدبية أو الفنية مصونة لا يجوز الاعتداء عليها ، لأنها من المنافع المعتبرة أموالا عند جمهور الفقهاء . ولا يجوز لذلك التعدى على حقوق التأليف والنشر والشعارات التجارية والتصميمات دون إذن من أصحابها ومالكيها . ويضمن المتعدى الضرر الناشىء عن فعله ، لأنه قد أصبح لهذه الأشياء قيمة مالية فى أعراف الناس وتعاملاتهم ، (وأصبح حق المؤلف على إنتاجه منصبا على مال فعلا ، ويمكن ضبط المنفعة بعدد النسخ المطبوعة)[1] . ولا يتجه القول بعدم ضمان هذه الحقوق باعتبارها من منافع الإنسان العقلية لا البدنية ، من جهة أنه لا فرق بين هذين النوعين من المنافع . ويجب أن يقدر الضمان فى التعدى على هذه الحقوق بالضرر الفعلى الذى أصاب صاحبها .

---

(١) انظر فى ذلك : مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة ، جامعة الملك عبد العزيز ، العدد الثانى مقال الدكتور وهبة الزحيلى : التعويض عن الضرر ص ٤٧ وما بعدها . وانظر البحث المطول الذى كتبه الدكتور فتحى الدرينى فى كتابه الفقه الإسلامى المقارن ، جامعة دمشق ١٤٠٠ هـ ، وذلك بعنوان حق الابتكار فى الفقه الإسلامى المقارن من ص ٢٢١ ، ٢٩٦ .

المطلب الرابع : الأضرار المالية الأخرى

زوائد الأموال :

٢٠٦ – زوائد الأموال : يفرق الفقهاء بين نوعين من زوائد المغصوب الناشئة بغير فعل الغاصب . أولهما : الزيادة المتصلة كالسمن والجمال . والثانى : الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة واللبن وغير ذلك من الأشياء التى تستقل بذاتها عن أصل المال .

وهذه الزوائد بنوعيها تحدث فى ملك صاحب المال ، لكون الأصل مملوكا له ، فيضمنها المعتدى بلا خلاف بين الفقهاء . غير أنهم اختلفوا فى تحقيق العدوان عليها بالعدوان على أصلها أو أنه لا يتحقق إلا بعد وان مستأنف عليها فى ذاتها .

ذلك أن الأحناف الذين اشترطوا فى الغصب إزالة يد الملك عن ملكه بعد ثبوتها عليه رأوا أن الزيادة متصلة أو منفصلة غير مضمونة بمجرد غصب الأصل ، لأنها نشأت فى يد الغاصب ولم تتحقق إزالته ليد المالك فتكون أمانه لدى الغاصب لا يضمنها إلا بالتعدى فيها . ومن التعدى فيها عندهم أن يتصرف فيها ببيع أو غيره من التصرفات ، أو بإتلافها أو بالامتناع عن ردها للمالك بعد طلبه الرد . أمّا لوتلفت عند الغاصب بآفة سماوية قبل طلب المالك فلا تكون مضمونة . يقول السرخسى : (الزيادة تحدث أمانة فى يده عندنا ، حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها)[1] . ويقول ابن نجيم : (زوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدى ، أى بالمنع بعد طلب المالك)[2] .

ودليل الأحناف على اعتبار الزيادة أمانة أنه لم يوجد فيها حد الغصب حسب تعريفهم ؛ فالغصب عندهم هو (إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال) . وهذه الزوائد لم توجد فيها إزالة يد المالك ، لأنها كانت فى يد الغاصب أثناء وجودها ، بحكم تبعيتها للأصل ، فلا يضمنها

---

(١) المبسوط : ٥٤/١١ .
(٢) البحر الرائق : ١٣٧/٨ .

إلا بالتعدى فيها بتفويت بعد الطلب أو بالأكل والبيع ونحو ذلك . ولا يوجب الدليل النتيجة ؛ فإن الغصب للأصل عدوان مستمر ، يوجب الكف عنه برد المغصوب لصاحبه دون اشتراط تجدد الطلب بالرد ، فيعتبر متعديا بمجرد إمساك الزوائد وحيازتها بغير إذن صاحبها ، ويجب ضمان الزوائد لذلك .

ويتفرع على مذهب الأحناف أنه لو غصب شاه فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم الذبح ، وهو غاصب لما زاد فى بدنها بذبحه لها وتعديه فى هذه الزيادة . كذلك لو غصب شاة قيمتها يوم الغصب مائة ، ثم أصبحت قيمتها مائتين ، وهى فى يده ، لزيادة لحقت ببدنها ، وطلبها صاحبها وقيمتها بهذه الزيادة ولم يردها عدَّ بهذا متعديا ويضمن هذه الزيادة . أما إذا لم يطلبها صاحبها وتلفت بمرض أو بآفة دون تدخل من الغاصب فإنه يضمن قيمتها قبل الزيادة .

وقد جاءت صياغة مجلة الأحكام العدلية لهذا المبدأ غير واضحة فى متابعة المذهب الحنفى ، مما يدل على الرغبة فى ترك الأمر إلى القاضى لمتابعة الأحناف أو الجمهور . ذلك أن المادة ٩٠٣ من هذه المجلة تنص على أن (زوائد المغصوب لصاحبه ، وإذا استهلكها الغاصب ضمنها . مثلا : إذا استهلك الغاصب ما حدث من لبن الحيوان المغصوب أو فلوه حين كان فى يده أو من ثمر البستان المغصوب حال وجوده فى يده فإنه يضمنه ، لأن هذه الزوائد ملك المغصوب منه . كذلك لو غصب بيت نحل العسل مع نحله واستردها المغصوب منه فإنه يأخذ أيضا العسل الذى حصل عند الغاصب) . ويلاحظ أن المادة المذكورة لا تشير إلى اعتبار الزيادة أمانة فى يد الغاصب ، ولا إلى اشتراط تعدى الغاصب فيها لإيجاب ضمانها ، وهى بهذا تقترب من مذهب الجمهور .

٢٠٧ – ولا يشترط الجمهور استئناف التعدى فى الزوائد ، ويرون أن الاستمرار فى إثبات اليد على المغصوب يوجب ضمان الأصل والزيادة على السواء . فينص المالكية على أن الزوائد التى تنشأ بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب مضمونة على الغاصب مطلقا[1] . ويتفق الشافعية

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد : ٢٣٩/٢ ط لاهور .

مع المالكية فى الحكم بضمان زوائد المغصوب ، وتلتحق عندهم بالمنافع فى المعنى والضمان[1] . وهو مذهب الحنابلة كذلك ، فعندهم أنه (إن زاد المغصوب بيد الغاصب أو غَيْره لزمه رده بزيادته متصلة كانت كالسمن وتعلم صنعة أو منفصلة كالولد من بهيمة .. والكسب ، لأنه من نماء المغصوب فلزمه رده كالأصل)[2] . وهو ماأخذ به فقهاء الإمامية كذلك[3] .

٢٠٣ — ضمان النقصان : يقسم الفقهاء النقصان المحتمل حدوثه للعين المغصوبة إلى أربعة أنواع :

(أ) النقصان بتراجع السعر وانخفاض القيم .

(ب) النقصان بفوات جزء من أجزاء العين كاليد والرجل والذنب والهزال للدابة .

(ج) النقصان بفوات وصف مرغوب فيه كالصنعة فى الذهب واليبس فى الحنطة .

(د) النقصان بفوات معنى مرغوب فيه كالعبد المحترف إذا نسى الصنعة فى يد الغاصب أو إذا كان شابّا فشاخ فى يده .

٢٠٩ — أما بالنسبة للنقصان بتراجع السعر وانخفاض القيم فلا يوجب جمهور الفقهاء جبره ؛ ففى المادة ٩٠٠ من العدلية أنه (إذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ألا يقبله ويطالب بقيمته وقت الغصب) . وهو مذهب المالكية فى غير التعدى ؛ ففى شرح الخرشى : (من غصب دابة مثلا ، ثم وجدها ربها وقد نقصت أسواقها فإنه يأخذها ولا شىء له على الغاصب ، سواء طال زمانها عند الغاصب أولا ، بخلاف باب التعدى ، فإن ربها إذا وجدها وقد نقصت فى أسواقها فله أن يُضَمِّن المتعدى قيمتها يوم تعدى عليها ، لأنه حبسها عن أسواقها)[1] . ويصدق هذا المعنى نفسه فى باب الغصب

---

(١) نهاية المحتاج : ١٩١/٥ .

(٢) كشاف القناع : ٨٧/٤ ، والمبدع : ١٦٨/٥ .

(٣) شرائع الإسلام : ٢٤٣/٣ ، وتحرير الوسيلة : ١٨٣/٢ .

(١) الخرشى : ١٤١/٦ .

فكان مقتضاه القول بضمان تراجع الأسعار فى الغصب والتعدى على السواء . ولا يوجب الشافعية ضمان نقصان السعر من حيث المبدأ ، لأن المغصوب لم يلحقه نقص فى ذاته ولا فى صفاته . والفائت إنما هو رغبات الناس وهى غير متقومة فلا تضمن[1] . ومع ذلك فإنهم يعترفون بضمان تفاوت الأسعار ونقصانها فيما لو تلفت العين المغصوبة وكانت من القيميات ، فعندهم أن الغاصب يضمن أعلى قيمة للمغصوب من حين الغصب إلى حين التلف . ولهذا فإنه إذا غصب دابة وقيمتها يوم الغصب عشرة ثم انخفضت قيمتها إلى خمسة ثم صارت عشرين وتلفت فإنه يجب عليه أداء عشرين ، لأنه كان مطالبا بالرد فى كل آن ، فإذا وجبت عليه العشرون لم يبرأ بأداء ما هو الأقل منها . ويعترف الشافعية بضمان تفاوت الأسعار فى غصب المثلى إذا انقطع جنسه من الأسواق فإن على الغاصب أقصى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كذلك . ففى حاشية الجمل : (لو غصب زيتا فى رمضان فتلف فى شوال وفقد مثله فى المحرم طولب بأقصى قيمة المثل من رمضان إلى المحرم ، فإن كانت قيمته فى الحجة أكثر اعتبرت) ، ومقتضى الاعتراف بضمان تفاوت السعر ونقصه فى هذين المثالين طرد ذلك فيما لو تضرر المغصوب منه بحبس المغصوب عن أسواقه . وهذا هو الذى التفت إليه أبو ثور فأوجب ضمان النقصان بتفاوت الأسعار وتراجع القيم[2] . أما الحنابلة فقد أخذوا برأى يقترب من رأى الأحناف فى ذلك[3] .

٢١٠ – النقصان بفوات الجزء أو الصفة : لم يتردد الفقهاء فى الحكم بضمان النقصان بفوات الجزء ، كأن يغصب ثوبا فيخرقه أو يغصب دابة فتهزل فى يده أو يقطع ذنبها أو يغصب الغنم ويجز صوفها ، ففى كل ذلك يجب ضمان النقصان بلا خلاف بين الفقهاء إلا فى كيفية التضمين .

٢١١ – وتفصيل ذلك أن الأحناف يفرقون بين النقصان اليسير والفاحش . والفاحش فى تعريف السرخسى : هو الذى يفوت المنفعة المطلوبة

(١) حواشى الشروانى وابن قاسم : ٣٣/٦ ، ونهاية المحتاج : ١٧٢/٥ .
(٢) قواعد الأحكام : ١٨٠/١ .
(٣) مادة : ١٣٨٧ من المجلة الشرعية ، وكشاف القناع : ٩١/٤ ، والمبدع : ١٦٥/٥ .

من العين[1] ، وفى تعريف المجلة : هو الذى يذهب ربع قيمة المغصوب فأكثر[2] .
ويخير المالك فى النقصان الفاحش على أى من التعريف بين ترك العين المغصوب للغاصب وأخذ قيمتها جميعها وبين أن يأخذ المغصوب ويضمنه ما نقص من قيمته بفوات جزئه ، إلا إذا كان المغصوب مما يجرى فيه الربا . أما إذا كان النقص يسيرا فإن المالك يأخذ المغصوب ويضمن الغاصب النقصان إلا فى الربويات فإن المالك لا يمكنه استرداد الأصل وتضمين النقصان ، ويخير صاحب المال لذلك بين أخذه ناقصا كما هو ولا شىء له وبين أن يتركه ويأخذ قيمته ؛ ففى - مجمع الضمانات أنه (إن غصب حنطة فعفنت عنده أو انكسرت الدراهم والدنانير أو غصب خلا فصب فيه ماء فالمالك بالخيار ، إن شاء أخذه ولا شىء عليه ، وأن شاء تركه وضمنه قيمة مثله . وإن كان فضة فتهشم فى يده فإن شاء أخذه ولا شىء عليه وأن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه . وكذلك آنية الصفر والنحاس إن كان يباع وزنا وإن لم يكن من الأموال الربوية)[3] الستة المنصوص عليها[4] ، لأن علة الربا عندهم هى المماثلة والتقدير بالكيل أو الوزن .

٢١٢ - ويتجه على مذهب الأحناف فى إيجاب النقصان مع رد المغصوب تقييده بألا يكون من الأصناف الربوية الستةأو ما يلتحق بها مما تتحقق فيه علة الربا . ذلك أن الشارع نهى عن الربا فى المعاوضات والمبادلات مما هو واضح فى أحاديث الربا ، ولا يتصور لذلك إجراء الربا فى التبرعات ولا فى الغرامات . وهذا هو الذى نص عليه الشافعية حين نصوا على أن الربا لا يجرى فى الغرامات ؛ ففى الأشباه أن من يكسر حليا يضمن صنعتها ، وإن كان ذلك بنقد من جنسها كالذهب مثلا ، (ولا يلزم من ذلك الربا لأنه يجرى فى العقود لا فى الغرامات)[5] . أما الأحناف فقد أجروا الربا فى العقود وفى الغرامات

---

(١) المبسوط : ٥٢/١١ .
(٢) مادة : ٩٠٠ من مجلة الأحكام العدلية .
(٣) مجمع الضمانات : ١٣٣ .
(٤) الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح .
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى : ٣٥٧ .

على السواء ، ولذا لم يوجبوا أرش النقصان فى الأموال الربوية . ومن الواضح أن قياس الأحناف للغرامات على العقود فى إجراء الربا لا يستند إلى مقصد شرعى أو إلى منصوص قواعد الشريعة .

٢١٣ - وقد أدى عدم إجراء الربا فى الغرامات عند الشافعية إلى تيسير بناء مذهبهم فى ضمان النقصان ؛ فهم يفرقون بين النقصان الفاحش الذى لا يستقر كطعام ابتل بماء أو الذى يسرى إلى التلف وبين النقصان اليسير أو المستقر الذى لا يسرى إلى التلف . وإذا كان النقصان يسيرا فإن الواجب هو رد المغصوب مع أرش نقصه ، ولا يجبر الغاصب على أخذ المغصوب ودفع قيمته لأنه غير الواجب ، خلافا لبعض فقهاء المذهب الذين أطلقوا تخيير المالك بين أخذ المغصوب مع أرش النقصان أو أخذ القيمة . أما إن كان النقصان فاحشا ويسرى إلى التلف فإن المالك يخير بين هذين الأمرين (أخذ المال وأرش نقصه أو أخذ قيمته)[1] .

- ويشترط الشافعية لضمان أرش النقصان ما يلى :

- أن يؤدى النقص فى العين إلى نقص فى القيمة ، وإلا لم يجب الضمان ، فقد نصوا على أن من غصب عصيرا فأغلاه ونقصت عينه دون قيمته لم يغرم شيئا ، لأن الناقص ماء لا قيمة له[2] . ولو زادت العين بسمنة مفرطة ونقصت القيمة لم يضمن الغاصب على قول فى المذهب والأوجه التضمين[3] .

- أن يكون النقص بوجه معتبر شرعا ، وإلا لم يجب على الغاصب شىء كما لو غصب جارية تجيد الغناء فنسيت عند الغاصب لم يضمن شيئا[4] .

---

(١) نهاية المحتاج : ١٧٣/٥ ، والمهذب : ٣٦٩/١ ، وحواشى الشروانى وابن القاسم : ٣٤/٦ .
(٢) نهاية المحتاج : ١٧٧/٥ ، والمهذب : ٣٦٩/١ .
(٣) نهاية المحتاج : ١٧٨/٥ .
(٤) السابق .

٢١٤ - وهو مذهب الحنابلة[١] والشيعة الإمامية كذلك[٢] ؛ فقد نص الحنابلة على استقرار أرش النقصان برد المغصوب معيبا بحيث لا يرد الأرش للغاصب برىء المغصوب من العيب بعد الرد ولذا لو غصب دابة فتعيبت في يد الغاصب ووجب عليه أرش النقص وأعطاه لصاحب الدابة عند ردّها ، ثم زال العيب لم يجب عليه رد قيمة النقصان للغاصب ، بخلاف ما لو تعيبت ثم برئت قبل الرد حيث لا يجب على الغاصب شيء ، لأن وجوب الأرش فى مقابل العيب وقد زال[٣] .

٢١٥ - أما المالكية فيفرقون فى النقصان بين حدوثه بآفة سماوية وبين حدوثه بفعل الغاصب أو بفعل أجنبى ، فإن كان بآفة سماوية فإن رب المال يخير بين تضمين الغاصب قيمة المغصوب أو يأخذه معيبا ولا شيء له . وإنما لم يجب على الغاصب قيمة النقصان لأنه لم يحدث بفعله ، وخير المالك فى تضمينه قيمته يوم غصبه لدخوله فى ضمانه بالغصب. أما لو حدث النقصان بفعل الغاصب أو غيره فإن رب المال يخير بين أخذ قيمة المغصوب يوم الغصب وبين أن يأخذه معيبا ويضمن له الغاصب أرش النقص إن كان حدث بفعله أو يتبع المالك هذا الغير إن كان هو الذى أحدث النقصان بفعله ، وليس للمالك أن يتبع الغاصب بأرش النقصان لأنه ليس من جنايته[٤] .

والحاصل أن الأضرار المالية جميعها محل للضمان ، سواء كانت عقارا أو منقولا أو منفعة أو نقصانا تعلق بالجزء أو الصفة أو أى معنى من المعانى المرغوبة .

---

(١) كشاف القناع : ٩٠/٤ ، والمبدع : ١٦١/٥ .
(٢) شرائع الإسلام للحلى : ٢٤٠/٣ وما بعدها ، وتحرير الوسيلة ١٨٠/٢ .
(٣) كشاف القناع : ٩٢/٤ .
(٤) الخرشى : ١٤٣/٦ .

الفرع الثانى : الأضرار البدنية

يراد بالأضرار البدنية تلك الأضرار التى تتعلق بالنفس الإنسانية أو مادونها ، فتشمل هذه الأضرار كلا من إزهاق الروح والجناية على الجنين وقطع عضو من الأعضاء وتعطيل وظيفته مع بقاء صورته كإحداث الشلل فى اليد أو إذهاب السمع والبصر ، كما تشمل أيضا إحداث الجراح والشجاج والآلام . ومع أن العدوان على النفس وما دونها جريمة تستوجب العقوبة فقد يجب به الضمان ، تعويضا للمتضرر نفسه أن كان على قيد الحياة ، أو تعويضا لذويه وآله عما أصابهم من أضرار مالية تتمثل فى فقد العائل أو أضرر أدبية معنوية تتمثل فيما عانوه من أسى وحزن . وهذا هو المعنى الذى عبر عنه الفقهاء بأن القصد من شرع الدية هو تطييب نفس المعتدى وذويه حتى لايحفزهم الضيق والإحساس بالظلم إلى طلب الانتقام من الجانى . وإنما يجب الضمان بهذا العدوان على النفس أو ما دونها إذا لم يجب القصاص، وإن عوقب الجانى بعقوبة تعزيرية ، فإن الذى ينتفى به الضمان هو العقوبة بالقصاص لا جنس العقوبة . وبوجه عام فإن الضمان والقصاص لا يجتمعان ، لما فى القصاص من إيقاع الأذى بالجانى على النحو الذى أوقعه بالمجنى عليه فلا مجال للتعويض معه .

٢١٧ – وعلى ضوء ذلك يجب النظر إلى الأجزية التى شرعها الشارع فى جرائم العدوان على النفس وما دونها ، وهى الدية والغرّة والأرش المقدر بتقدير الشارع فى بعض الجنايات الواقعة على ما دون النفس ، كما فى الشجاج وكما فى إبانة عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعته.. ومن هذه الأجزية كذلك ما يعرف بالأرش غير المقدر أو بحكومة العدل ، وذلك فى الجنايات التى لا يجب فيها قصاص ولا أرش مقدر .

وقد أشار الدكتور عبد الرزاق السنهورى إلى حكومة العدل واستنتج أنها تكاد ترسى أساسًا عاما فى الفقه الإسلامى لإيجاب التعويض بفرض قدر من المال يحدده القاضى للمتضرر فى أكثر أنواع الأذى التى تصيب الجسم ، سواء

كانت الجناية عمدا أو غير عمد ، لأن أكثر أنواع الجراح والشجاج التى تلحق البدن مما لاتجرى فيه المماثلة . وفى رأيه أن هذا المبدأ الجوهرى المتعلق بالعمل غير المشروع الذى يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهريا آخر يتعلق بالعمل غير المشروع الذى يصيب المال ويوجب الضمان ، بحيث ينشأ من مجموع هذين المبدأين بين حدود المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية . ويتيسر بذلك استخلاص قاعدة تكاد تكون عامة ، وهى أن أكثر الأعمال غير المشروعة التى تؤذى الغير فى جسمه أو ماله من التعدى الموجب للتعويض . ويعد بذلك العمل غير المشروع مصدرا للالتزام فى الشريعة[2] .

٢١٨ — ولا اعتراض لى على هذا الافتراض إلا من جهة تقييده للتعويض فى الجنايات على النفس وما دونها بالأرش غير المقدر ، فالأجزية الأخرى التى حدد الشارع مقدارها (الأرش المقدر والغرة والدية) تفيد التعويض كذلك ، لأن عدم التقدير لا يدخل فى مفهوم التعويض وكنهه . ومفهومه أنه جزاء مالى يقع على المعتدى ويستحقه المتضرر جبرا لما أصابه ، لا فرق فى ذلك بين أن يقدره الشارع بمقدار معين من المال أو يترك أمر هذا التقدير إلى القاضى . وإذا كان للقوانين الحديثة منطقها فى ترك تقدير التعويض إلى القاضى فإن للفقه الإسلامى أسسه فى تبنى أسلوب مزدوج يقوم على تقدير التعويض أحيانا وترك ذلك إلى القاضى فى أحيان أخرى .

والدية وما يلتحق بها من أجزية — بهذا الفهم — ليست إلا تعويضا للمتضرر فى القصد الأول من شرعها ، وتنطوى على معنى العقوبة بالقصد التابع مثلما ينطوى الحكم بالضمان فى إتلاف المال على هذا المعنى وإن غلب اعتبار معنى التعويض وجبر الضرر كذلك . ويؤيد تغليبَ معنى التعويض فى الدية فرضُها على العاقلة فى غير العمد ، وإيجابُها على القادرين من أفرادها ، وتنجيمُها فى ثلاث

---

(١) الغُرَّة نصف عشر الدية التى تعطى لورثة الجنين فى رأى الجمهور ، أو للأم فى رأى ربيعة والليث تشبيها للجنين الذى انفصل عنها بعضو من أعضائها ، انظر بداية المجتهد لابن رشد : ٢/٣١٢ .

(٢) مصادر الحق للسنهورى : ١/٥٠ .

سنوات ، ووضعُ حدّ أعلى لما يتحمله الفرد ، بحيث لا يزيد مجموع الواجب عليه عن ثلاثة دراهم أو أربعة عند الأحناف ، سواء كان ميسور الحال أو متوسطها . ويقدر الشافعية ذلك بنصف دينار للغنى وبربع دينار لمتوسط الحال فى السنوات الثلاث . ولا يقدر المالكية والظاهرية ورواية عن أحمد حدًّا معينا ، ويترك ذلك إلى اجتهاد القاضى أو الحاكم فيفرض على كل فرد من أفراد العاقلة ما يتحمله ويناسب طاقته ، لأنها مواساة وطريقها عدم الإعنات أو الإرهاق[1] . ومن جهة أخرى فإن مفهوم العاقلة الذى يتسع لأهل الديوان وأفراد عشيرة الجانى وبيت المال يؤكد هذا المعنى وأن الدية قد شرعت فى المقام الأول لجبر الضرر . ويقطع استحقاق المتضررين لها الطريق على أى لبس أو غموض فى بيان المقصود من شرع الدية .

٢١٩ – أما الذين اعتبروا أن القصد من شرع الدية فى المقام الأول هو العقوبة فإنما اتجهوا هذا الاتجاه لتقديرها ولعدم تفاوت مقدارها بتفاوت ما نتج عن الجناية من ضرر مادى وأدبى . أما التعويض فإنه يراعى فى تقديره الضرر الناشىء عن الجريمة : جسميا وأدبيا وماديا[2] . وقد أدى اعتبار الدية عقوبة فى الفقه الإسلامي إلى التساؤل عن علاقتها بمبدأ شخصية العقوبة وإلى الإحساس بنوع من التعارض بين هذا المبدأ وبين تكليف عاقلة الجانى بتحملها . وأجاب البعض عن ذلك بأن إلقاء الدية على العاقلة استثناء من مبدأ مسئولية كل إنسان عن عمله . لكن الأحناف اعتبروا إيجاب الدية على العاقلة من قبيل المواساة والتعاون على أداء الواجب لمستحقه كيلا تهدر الدماء ، ويذهب ما بنفس المتضرر .

---

(١) الغرة نصف عشر الدية التى تعطى لورثة الجنين فى رأيى الجمهور أو للأم فى رأى ربيعة والليث وتشبيهاً للجنين الذى إنفصل عنها بعضو من أعضائهم .

(٢) تبيين الحقائق : ١٧٧/٦ ، والمغنى لابن قدامة ٥٢٥/٩ ، وحاشية الدسوقى ٢٨٤/٤ ، والمهذب : ٢١٣/٢ ، ونيل الأوطار : ٢٤٣/٣ ، والبحر الرائق : ٤٥٥/٨ ، وإعلام الموقعين : ٣٥/٢ ، وبداية المجتهد : ٣٠٩/٢ ط.لاهور ، والمبدع : ٢٣/٩ ، وحاشية الجمل : ٦١/٥ .

(٣) أشار السنهورى إلى هذا المعنى فى مصادر الحق : ٤٨/١ وما بعدها ، كما أشار إليه الخفيف فى : الضمان فى الفقه الإسلامى : ١٦١/٢ .

٢٢٠ - وإذا كانت الدية والأروش فى المقام الأول للتعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس وما دونها على الوجه المقدر شرعا فإنه لا يسوغ القول باختلافها أو الزيادة على مقدارها ، لأن الضرر الذى وجبت فى مقابلته لا يتنوع بتنوع الأشخاص . فالعدوان على النفس الإنسانية أو الأطراف لا يختلف من شخص إلى آخر . ومع ذلك فإن الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية أو ما دونها لا يتداخل مع غيره ، ويتعدد التعويض الواجب بتعدد الأضرار ، لأن الواجب يتعدد بتعدد الأسباب التى توجبه . ويرى الشيخ على الخفيف أن للمجنى عليه الحق فى طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر ، بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه ، ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحياة الذى يتساوى جميع الناس فى التمتع به .. ومن ثم كان مقداره واحدا يستوى فيه الناس جميعا .. ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدرة من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك .. فإذا رئى أن ثمة ضررا كبيرا نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية فى الجزاء بين جريمتين إحداهما لم تحدث ضررا ذا بال وأخرى أحدثت ضررا عظيما ... لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية ، بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافرا للمجنى عليه من قبل . وفى مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق مايعطاه من دية وبخاصة اذا لا حظنا أن ذلك لا يعدوا أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس هناك ما يمنع من اعتبارها أموالا يستعاض عنها بالمال ، إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يعتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يعتاض عنه بالمال وإنما الأمر فى ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف[1] .

٢٢١ - وتفريعا عى ذلك يشمل الضمان الواجب على النفس وما دونها ، كلا من :

---

(١) الضمان فى الفقه الإسلامى : ١٦١٢ - ١٦٣ بإيجاز .

(أ) الأرش المقدر شرعا فى مقابل الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية وما دونها ، ومقداره لا يختلف باختلاف الأشخاص والظروف .

(ب) تكاليف العلاج والتطبيب والدواء وهو ما يختلف باختلاف الظروف .

(جـ) تعويض الألم الناشىء عن الجناية ، طبقا لما نص عليه بعض فقهاء الأحناف .

(د) ضمان المنفعة الفائتة للمجنى عليه مدة مرضه إلى حين شفائه أو المدة المفترضة لبقائه فى الخدمة أو لقدرته على العمل مع خصم ما كان يتكلفه . وقد يستند هذا الرأى إلى اختلاف الفقهاء فى مسألة ضمان منفعة الحر . وقد سبقت الإشارة إلى رجحان الرأى القاضى بضمانها بكل من التفويت والفوات وبالحبس أو بالتسبب فى فواتها على أى نحو لم يأذن به الشارع .

ويستند هذا الرأى وما يتفرع عليه إلى عموم قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وإلى إطلاق القواعد الفقهية التى توجب رفع الضرر ودفعه قدر الإمكان وإلى اعتبار الظالم أولى بالحمل عليه ، كما أنه يستند إلى مجموع آراء الفقهاء .

٢٢٢ - والحاصل أن الضرر المضمون فى الشريعة الإسلامية يجب أن يشمل كل ما يعده الناس ضررا مما يتعلق بالمصالح التى قصد الشارع إلى حفظها ، سواء رجع هذا الضرر إلى النفس الإنسانية وما دونها أو إلى المنافع أو الأموال بفارق واحد هو أن الضرر المتعلق بالمال من مسئولية الجانى على حين أن الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية من مسئولية العاقلة . والاتجاه فى بعض التقديرات الحديثة إلى أن مسئولية العاقلة لا تنشأ إلا إذا لم يكن هناك تأمين أو كان مقداره لا يساوى مقدار الواجب من الدية والأرش . وهذا هو الذى أخذ به مشروع العقوبات المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ فقد تضمنت مادة ٢٨ من هذا المشروع أنه (تجب الدية على العاقلة فى القتل الواقع من المجنون أو من به عاهة فى العقل أو من غير البالغ ، إلا أن يكون مؤمَّنا من المسئولية الناشئة عنه ، فتجب الدية على المؤمِّن فى حدود التزامه ، فإن بقى منها شىء كان على العاقلة) .

والتأمين الجائز إنما هو ذلك الذى يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث : علاقة السببية

٢١٨ - يشترط للحكم بالضمان قيام علاقة السببية بين التعدى والضرر ، بمعنى أن الضرر لم يكن ليوجد إذا لم يوجد التعدى . أما إذا انتفت علاقة السببية بين الضرر والتعدى فإن مسئولية المتعدى لا تنشأ ، لأن الضرر لا يضاف إلى فعله ، والقاعدة الشرعية أن الإنسان لا يسأل عن فعل غيره . ورغم وضوح هذا المعنى فإن تطبيقه فى الواقع العملى كثيرا ما يكتنفه الغموض لتنوع مفهوم السببية فى الأذهان بتنوع القصود والمواقف ، ولتعدد المعايير المعتمدة فى قياس هذه العلاقة . ويلزم لإزالة هذا الغموض النظرُ فى مفهوم السببية فى البيئات الفكرية المختلفة وتحديدُ الأسس المقبولة لضبط مفهومه فى مجال موضوع الضمان ، وتطبيقُ هذه الأسس فى تلك المجالات التى يدق فيها اكتشاف هذه العلاقة .

مفهوم السبب :

٢٢٤ - السبب فى الاستعمال اللغوى هو الطريق إلى الشيء أو ما يتوصل به إلى أمر من الأمور كالحبل . ويشمل بهذا الإطلاق العام كلا من المباشرة والتسبب ، لأنهما يؤديان جميعا إلى النتيجة ؛ فحفر بئر ووقوع أحد فيه يؤدى إلى الضرر مثله مثل الإلقاء فى هذا البئر . وعبارة الزنجانى فى ذلك : (اعلم أن السبب فى وضع اللسان عبارة عما يتوصل به إلى مقصود كالطريق الموصل إلى المكان المقصود ، والحبل الذى ينزح الماء بالاستقاء لا بالحبل لكن لا بد من الحبل ، وأسباب السماوات طرائفها . قال الشاعر :

ومن هاب أسباب المنايا ينلنه ... ولو نال أسباب السماء بسلم[1]

---

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجانى : ٣٥١ .

وقد ورد فى القرآن بهذا المعنى[1] . وينبغى لذلك وضع هذا المعنى فى الاعتبار عند تحديد المفهوم الاصطلاحى للسبب .

٢٢٥ – المفهوم الفلسفى للسبب : تأثر الفلاسفة المسلمون ، كالفارابى وابن سينا وابن رشد ، بنظرية السبب أو العلة فى صياغة أرسطو لهذه النظرية . ولم يقصد أرسطو بالسبب أو العلة فى كتابيه الطبيعة وما بعد الطبيعة مفهوم تتابع الحوادث فى الزمان وإنما قصد بهما الأجزاء التى يتكون منها الموجود فى إطار نظريته فى العلل الأربع . ويفرق أرسطو فى نظريته هذه بين العلل الداخلية التى تتألف منها الموجودات ، وهى المادة والصورة ، وبين العلل الخارجية ، وهى الحركة والغاية . ولتوضيح ذلك فإن أى مبنى يتألف من هذه العلل الأربع ؛ فهناك العلة المادية التى يتألف منها هذا المبنى كالطوب والخشب ، وهناك العلة الصورية ، المتمثلة فى الصورة التى فى ذهن بانيه ، وهناك العلة الفاعلة المتمثلة فى تنفيذ إقامة هذا البناء ، وهناك العلة الغائية المتمثلة فى المقصود من إقامته ، وهى السكنى فيه . ولا ينطبق ذلك عنده على جميع الموجودات ؛ فالله هو العلة الغائية لهذا العالم الذى يتحرك شوقا إليه وعشقا له . والإنسان مادة ونفس تتجلى فيهما العلة الصورية والفاعلة الغائية . ومع أن هؤلاء الفلاسفة أدخلوا عدد من التغييرات فى شكل هذه النظرية وترتيب عناصرها فقد حظيت بالقبول عندهم ، وظلوا يتحدثون عن العلة أو السبب بهذا المفهوم ، وعن الفاعل أو مبدأ الحركة ، والهيولى أو المادة أو العنصر ، وعن الصورة ، وعن الغاية أو الغرض أو التمام ، باعتبارها علل الموجودات . وهى عند ابن سينا تتحرق شوقا إلى كمال ماهية الله عز وجل .

ويهدف أرسطو بنظريته فى العلل الأربع ومن تأثر بها إلى تقديم تفسير عام للوجود ، لتيسير إدراك العلاقات بين أجزائه وفهم الظواهر التى تتوالى

---

(١) وردت هذه الكلمة فى قوله تعالى : ﴿ وتقطعت بهم الأسباب ﴾ البقرة : ١٦٦ ، وفى قوله تعالى : ﴿ وقال فرعون ياهامان ابن لى صرحا لعلى أبلغ الأسباب أسباب السماوات فأطلع إلى إله موسى ﴾ غافر : ٣٦ ؛ ٣٧ .

فى الوجود . وهذا هو القصد من معرفة الأسباب فى الدراسات الفلسفية الحديثة التى تهدف إلى تقديم تفسير للظواهر المحيطة بنا فى هذا الكون والكشف عن النظام الذى تستند إليه فى تواليها وتتابعها فى الوجود .

٢٢٦ – **عند المتكلمين** : ذهب عدد من المتكلمين والمتصوفة إلى نفى الأسباب والقول بعلة فاعلة واحدة ، أو بفاعل واحد ، هو الله . من بين هؤلاء الجهم بن صفوان ومن تبعه ممن يقولون (بأن العبد ليس بفاعل حقيقة ، وإنما هو كاسب حقيقة ، ويثبتون مع الكسب قدرة لا تأثير لها فى الكسب ، بل وجودها وعدمها بالنسبة إليه سواء ، ولكن قرنت به من غير تأثير فيه . وزعموا أن كل ما فى الوجود من القوى والطبائع والأسباب العلوية والسفلية كقدرة العبد لا تأثير لشيء منها فيما اقترنت به من الحوادث والأفعال والمنسببات ، بل قرن الخالق هذا بهذا لا لسبب ولا لحكمة أصلا ... وكثير من هؤلاء كأبى الحسن وأتباعه ومن وافقهم من متأخرى أصحاب مالك والشافعى وأحمد مثل ابن عقيل والجوزى وأمثالهما .. جعلوا أفعال العباد فعلا لله ، والفعل عندهم هو المفعول ، فامتنع مع هذا أن يكون فعلا للعبد ، لئلا يكون فعل واحد له فاعلان[1] . ولا يبعد عن ذلك ما أخذ به الجبرية[2] . ويرى هؤلاء أن الرّخص والغلاء من الله تعالى بدون واسطة[3] ، كما يرون أنه لا يجب التكسب على العبد لأن الرزق مضمون ، ولا يمكن طلبه ، لأنه شئ من فعل الله بالعبد كالحياة والموت ، لا يقدر العبد على تحصيله ولا رفعه . وقد اعرض القدرية عن الأخذ بالأسباب الشرعية والأعمال الصالحة اغترارا منهم بالقدر[4] .

وقد ذهب جمهور متكلمى الإسلام إلى إثبات الأسباب ، واعتقدوا أن (محو الأسباب أن تكون أسبابا نقص فى العقل ، والإعراض عن الأسباب بالكلية قدح فى الشرع . ومجرد الأسباب لا يوجب حصول المسبب ، فإن المطر إذا نزل

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٤٦٨/٨ . وانظر كذلك الملل والنحل للشهرستانى : ٨٠/١ .

(٢) السابق : ٣٧٤/٨ ، ٥٢١ ، وأيضا الملل والنحل : ٧٩/١ .

(٣) السابق : ٥٢٠/٨ وما بعدها .

(٤) السابق : ٧١/٨ .

وبذر الحبّ لم يكن ذلك كافيا فى حصول النبات ، بل لا بد من ريح مُرْبِيَةٍ بإذن الله ، ولا بد من صرف الانتفاء عنه .. وتمام الشروط وزوال الموانع ، وكل ذلك بقضاء الله وقدره[1] . ولا يُنَالُ أجر الآخرة بمقابلة العمل ، فيما دل عليه حديث النبى ﷺ : « لن يدخل أحدكم الجنة بعمله قالوا : ولا أنت يا رسول الله ؟ قال : ولا أنا ، إلا أن يتغمدنى الله برحمة منه وفضل » والباء فى قوله تعالى : ﴿ ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون ﴾ هى باء السبب ، والمنفى فى الحديث هو معنى المعاوضة أو المقابلة[2] . ويفرق هؤلاء المتكلمون بين الإنسان وبين الطبيعة ، من حيث إن الطبيعة مخلوقة مسخرة بتدبير خالقها ، وهو الله ، وكل ما يقع فيها فهو واقع بإيجاب الخلقة ، وحسب القوانين الثابتة الحتمية التى لا تتخلف . أماالإنسان فله إرادة واختيار في غير ما يتعلق بأفعاله الاضطرارية ، كارتعاشة اليد ونبض القلب وغير ذلك مما لا سبيل للأنسان إلى السيطرة عليه . غير أنهم اختلفوا فى مدى هذه الإرادة وذلك الاختيار ، وذهبوا فى ذلك مذاهب شتى .

٢٧٧ – وقد اعتقد المعتزلة أن أفعال العباد الإرادية حادثة عن جهتهم بقدرة أودعها الله فيهم ، ولا فاعل لها سواهم[3] ، بناء على أن هذه الأفعال لا يمكن إضافتها إلى الله سبحانه ، لأن فيها ظلما وإثما أحيانا ، والظلم محال على الله ، كما أن إضافة هذه الأفعال إليهم هى التى تبرر مبدأ مسئوليتهم عنها ومحاسبتهم عليها .

وإذ يسلم المعتزلة بقدرة الإنسان على إحداث أفعاله فى نفسه ، وذلك كقيامه أو جلوسه ، فقد تساءلوا عن قدرته على إحداث فعل فى غيره ، كإيقاع الألم والأذى والفرح والعلم بالغير نتيجه أفعال يقوم بها المرء كالضرب والإخبار بخبر سار أو حقيقة علمية أو ما إلى ذلك مما يؤثر فى الآخرين تأثيرا غير مباشر .

---

(١) السابق : ٧٠/٨ .

(٢) السابق : ٧٠/٨ .

(٣) انظر : فى علم الكلام ، دراسة فلسفية لآراء الفرق الإسلامية فى أصول الدين ، المعتزلة للدكتور أحمد محمود صبحى ط.ع ١٩٨٢ ص ١٤٩ ، ودائرة المعارف الإسلامية مادة سبب تعليق أستاذنا الدكتور عبد الهادى أبو زيدة ، والملل والنحل للشهر ستانى : ٤٩/١ ، ونشأة الفكر الفلسفى فى الإسلام لأستاذنا الدكتور علي سامى النشار دار المعارف : ٤٣٤/١ .

ولتوضيح ذلك فإن أفعال الإنسان عند المعتزلة على قسمين ، أولهما أفعاله المباشرة ، كقيامة وجلوسه وضربه وإخباره ، والثانى هو الفعل المتولد عن هذا الفعل المباشر الذى يعد سببا له ، كإحساس المضروب بالألم ، أو بالأذى ، أو ماإلى ذلك مما يعتبر نتيجة للفعل المباشر . وهذا هو مفهوم التولد الذى يعرفه التهانوى بأنه (الفعل الصادر عن الفاعل بواسطة ، ويقابله المباشر)[١] . وحدَّه بعض المعتزلة بأنه الفعل الذى يكون منى ويحل فى غيرى ، كما حدَّه بعض آخر منهم بأنه (الفعل الذى أوجدتُ سببه ، فخرج من أن يمكننى تركه وقد أفعله فى نفسى وأفعله فى غيرى) . وفسره آخرون بأنه (الفعل الثالث الذى يلى مرادى ، مثل الألم الذى يلى الضربة ، ومثل الذهاب إلى الذى يلى الدفعة) ، وفسره الإسكافى أحد شيوخ المعتزلة بأنه كل فعل يتهيأ وقوعه على الخطأ دون القصد إليه والإرادة له فهو متولد ، وكل فعل لا يتهيأ إلا بقصد ، ويحتاج كل جزء منه إلى عزم وقصد إليه وإرادة له فهو خارج عن التولد[٢] . وبهذا فإن الإنسان قادر على إحداث أفعاله المباشرة التى يتحرك عزمه وإرادته إليهاويستطيع التوقف عن الاستمرار فيها ، كما أن ما يتولد عن فعله من نتائج معلولة لهذا الفعل تضاف إليه كذلك بمقتضى مبدأ العلية . وعلى سبيل المثال فإن الضربة والصدمة والرمية من فعل الفاعل بوجه مباشر ، ويتولد عنها ما يضاف إلى فعله إذا كان سببها منه . ولو رمى سهما ثم مات الرامى قبل أن يصيب السهمُ المقذوف ، ثم أصابه فآلمه وقتله ، فإن الألم والقتل يضاف إلى فعل الرامى بالسبب الذى أحدثه وهو حى . ومع ذلك فقد ذهب بعض المعتزلة إلى أن الأفعال التى تضاف للإنسان هى أفعالة المباشرة التى يتمكن من تدارك وقوعها والتدخل فى مجراها والكف عنها أو الاستمرار فيها . أما جمهور المعتزلة فقد أخذ بأن الفعل المباشر ومسبَّبَهُ مما يضاف لفاعله ، سواء تفطن لهذا المسَبَّب أو لم يتفطن ، وهذه الإضافة هى التى تبرر مسئولية الإنسان عن نتائج أفعاله .

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون : ٢/١٤٧ .

(٢) مقالات الإسلاميين للأشعرى : ٢/٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٤٠٩ ، وانظر كذلك : فى الفلسفة الإسلامية : منهج وتطبيقه للدكتور إبراهيم مدكور : ٢/١٠٧ وما بعدها نشر دار المعارف بمصر بدون تاريخ .

٢٢٨ - وفى رأى الأشعرى أن أفعال العباد مخلوقة لله سبحانه وتعالى وليس للعبد سوى كسبه واختياره . والكسب هو مجرد تعلق قدرة العبد وإرادته بالفعل الذى هو من صنع الله ، لأن قدرتنا لا تؤثر فى مقدورها ، وهى نفسها مخلوقة لله ، وإنما أجرى الله عز وجل سننه بأن يخلق مع القدرة الحادثة الفعل الذى أراده العبد وقصد إليه . وترجع الأفعال المتولدة هى الأخرى إلى الله عز وجل . وبهذا فإن الإنسان إذا رمى سهما لم يكن هو الفاعل على الحقيقة ، بل الفاعل هو الله(١) .
وقد خضع مذهب الأشعرى فى الكسب للعديد من التعديلات من أهمها ما جاء به الرازى الذى لم يقنع بفكرة الكسب فى تفسير الأشعرى لها ، وإنما أراد أن يفسرها على نحو يجعلها قدرة وإرادة حادثة حقيقية ، تكون هى مناط المسؤلية . وقد ذهب الآمدى مذهبا قريبا من ذلك(٢) .

٢٢٩ - وقد أراد الماتريدى إقامة مناط تكليف الإنسان على حرية إرادته واختياره ؛ فذهب إلى أن الإنسان فاعل مختار حقيقة ، وأن أفعال الإنسان من خلق الله ومن كسب العبد ، أى أنها من قصده واختياره . ويختلف مفهوم الكسب عنده بهذا عن مفهومه لدى الأشاعرة ، من جهة أن الكسب الأشعرى مجرد مصاحبة القدرة الحارثة للمقدور ، فهو أمر سلبى يقترن بالفعل ولا يسبقه ، أما الكسب الماتريدى فهو عمل إيجابى سابق على الفعل . وعنده أن القصد هو مناط التكليف ، ويستحق العبد الثواب أو العقاب بناء على قصده شريطة توافر القدرة على الفعل أو الاستطاعة . ولهذا رفع التكليف عن النائم والصبى ومن لا قصد له ، كما أن الحج لا يجب إذا لم توجد الاستطاعة . والماتريدى بهذا أقرب إلى المعتزلة من الأشاعرة الذين يؤدى مذهبهم فى الكسب وعدم تأثيره إلى القول بالجبر لا محالة ، كما لاحظ المنتقدون لمذهبهم ، مما ينقله ابن تيمية من عبارة شاعت على ألسنة الخصوم ، وهى : (ثلاثة أشياء لا حقيقة لها : طفرة النّظّام ، وأحوال أبى هاشم ، وكسب الأشعرى)(٣) .

---

(١) الإرشاد لإمام الحرمين : القاهرة ١٩٥٠ ص ٢٣٣ .
(٢) غاية المرام فى علم الكلام : ص ٢١٤ - ٢٢٣ ، والرازى أساس التقديس ط. القاهرة ١٩٣٥ نقلا عن مدكور : فى الفلسفة الإسلامية : ص ١٢١ .
(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٨ ، ١٢٨ .

٢٣٠ - ومن الطبعى أن يختلف علماء الكلام والفلاسفة إزاء هذه المشكلة الكبرى التى علقوا عليها تفسير حقائق الوجود وإدراك علاقاته ورسم أبعاد حرية الإنسان ومدى هذه الحرية وأساس مسئوليته عن أفعاله وعلاقة كل ذلك بحقائق العدل الإلهى والقدرة الإلهية والخلق وما إلى ذلك من أمور بالغة التعقيد والصعوبة على العقل البشرى ، ولذا كان من الطبيعى أيضا أن تؤدى زيادة الآراء فى هذه المشكلة إلى زيادة صعوبتها لا إلى تيسير حلولها ، والناظر فيها كالناظر فى شعاع الشمس ، كلما ازداد نظرا ازداد حيرة أما على المستوى الفقهى والخلقى فلم تكن المشكلة بهذه الصعوبة ، إذ هدف الفقهاء من البحث فى العلية والفاعلية الإنسانية إلى إقامة مبدأ المسئولية والمجازاة على أسس عملية لا تتخلف فى التطبيق الواقعى . ولذلك نجد الفقهاء على اختلاف مشاربهم يسلمون بالمبادىء التالية :

(أ) إثبات قدرة الإنسان وإرادته ، بهما يناط تكليفه ، وتثبت حرية اختياره ، لكن فى عالم خاضع للقوانين التى خلق الله هذا العالم عليها . وهو فاعل حقيقة لأفعاله التى تقوم به ولنتائج هذه الأفعال . وفى ذلك يقول ابن تيمية : (الذين اتبعوا السلف فى هذا الأصل كلهم يقولون إنه « أى الإنسان » فاعل حقيقة ، كما صرح بذلك أئمة أصحاب المذاهب الأربعة ، وأصحاب أبى حنيفة ومالك ، والشافعى ، وأحمد بن حنبل ، وغيرهم ، وكتبهم مشحونه بذلك)[1] .

(ب) إثبات الأسباب وتأثيرها فى مسبباتها . ويعتبره ابن تيمية مذهب الفقهاء : يقول فى ذلك : (ومذهب الفقهاء أن السبب له تأثير فى مسببه ، ليس علامة محضة ، وإنما يقول إنه علامة محضة طائفة من أهل الكلام الذين بنوا على قول جهم)[2] . ولا تختلف قدرة العبد مع فعله فى التأثير عن تأثير سائر الأسباب فى مسبباتها ؛ فالله تعالى خلق الأسباب والمسببات ، وجعل قدرة العبد وفعله سببا من هذه الأسباب .

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٤٨٣/٨ .
(٢) السابق : ٤٨٥/٨ .

(جـ) لا تناقض بين فاعلية السبب وتأثيره وبين عموم القدرة الإلهية ، لافتقاره إليها وإمكان تدخل هذه القدرة لإبطال تأثيره ؛ فالأسباب (ليست مستقلة بالمسبَّبات ، بل لا بد لها من أسباب أخرى تعاونها ، ولها مع ذلك أضداد تمانعها . والمسبَّب لا يكون حتى يخلقَ الله جميع أسبابه ، ويدفع عنه أضداده المعارضة له . وهو سبحانه يخلق جميع ذلك بمشيئته وقدرته كما يخلق سائر المخلوقات ، فقدرة العبد سبب من الأسباب . وفعل العبد لا يكون بها وحدها ، بل لا بد من الإرادة الجازمة مع القدرة)[1] .

(د) الإنسان مسئول عن أفعاله المباشرة وعن نتائجها المتولِّدة منها ، فالقاعدة الفقهية أن الرضا بالشيء رضا بما يَتَوَلَّد منه[2] . وإذا كانت أفعاله لاتستقل بما يتولد عنها فإن مسئوليته عن نتائج أفعاله الخارجية محكومة بما يؤدى إليه مثل هذه الأفعال فى العادة .

(هـ) مناسبة الأحكام الشرعية لما أنيط بها من مصالح ومقاصد ، وهو ما يعرف بمبدأ (تعليل الأحكام الشرعية)[3] .

٢٢٧ – السبب عند الأصوليين : يراد بالسبب فى أشهر معانيه عند الأصوليين قسم الحكم الوضعى المعروف بأنه (وصف ظاهر منضبط ، جعله الشارع علامة على وجود حكم شرعى بحيث يوجد الحكم بوجوده وينتفى بإنتفائه وذلك كالفردية لوجوب صلاة المغرب وكالقتل العمد العدوان الموجب للقصاص ، وكذلك النصاب الموجب للزكاة ، وكإتلاف مال الغير أو غصبه الموجب للضمان فكلها أوصاف ظاهرة منضبطه أناط بها الشارع الحكمة ، بحيث يوجد بوجودها وينتفى فى العلوم الطبيعية التجريبية ، لأن القصد فى كل من هذين المجالين هو ربط الظاهرة ، أو الحكم الشرعى ، بالسبب الذى يتعلق بهما . ويشمل السبب بهذا

---

(١) السابق : ٤٨٧/٨ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٤١ ، والمنثور فى القواعد للزركشى : ١٧٦/٢ .

(٣) انظر فى ذلك قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٥/١ وما بعدها ، والمستصفى ص ١١١ ، والتوضيح : ٥٢٢/٢ ، والموافقات للشاطبى : ٦/٢ ، والمصلحة فى التشريع الإسلامى للدكتور حسين حامد حسان : ص١٩ .

(٤) الإحكام للآمدى ١١٠/١ .

المفهوم كلا من الأفعال الإنسانية والوقائع الطبيعية ، كما يشمل الأوصاف المناسبة للحكم ، كملك النصاب لوجوب الزكاة ، والأوصاف التى لا تناسب الحكم ، كوجوب صلاة المغرب بالغروب . وإنما تؤدى الأسباب فى هذين القسمين إلى موجباتها أو أحكامها بجعل الشارع وإيجابه ، فإن (نصب الأسباب أسبابا للأحكام أيضا حكم من الشرع ، فللّه تعالى فى الزنا حكمان ، أحدهما وجوب الحد عليه ، والثانى نصب الزنا سببا للوجوب فى حقه ، لأن الزنا لا يوجب الرجم لذاته وعينه ، بخلاف العلل العقلية . وإنما صار موجبا بجعل الشارع إياه موجبا ، فهو نوع من الحكم)[1] ، لذلك يورده الأصوليون ضمن أنواع الأحكام الشرعية . تقسيم السبب فى الاصطلاح الفقهى :

٢٢٨ — يراد بالسبب فى اصطلاح الفقهاء مايقابل المباشرة . وقد نصت المادة ٨٨٧ من المجلة العدلية على تعريف مباشرة الإتلاف بأنه هو : (إتلاف الشىء بالذات من غير أن يتخلل بين المباشر والتلف فعل آخر) . أما الإتلاف بالتسبب فقد وزد تعريفه فى المادة ٨٨٨ من هذه المجلة بأنه هو التسبب فى تلف شىء . يعنى أن يحدث فى شىء ما يفضى عادة إلى تلف شىء آخر ، ويقال لفاعله متسبِّب ،فإن من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . وكذا إذا شق واحد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا) .

والمباشرة بهذا هى السبب القريب الذى لا يتوسط بينه وبين نتيجته المتولدة عنه فعل آخر ، أما السبب فهو أبعد من المباشرة ، لتوسط عامل آخر بينه وبين النتيجة ، هو العلة فى الاصطلاح الأصولى . ويشير الغزالى وبعض فقهاء الشافعية إلى تعريف السبب فى مقابل المباشرة بما لا يخرج عن ذلك ، فعند الزنجانى أن السبب هو (ما أفضى إلى الحكم بواسطة أو وسائط ، كقوله إذا دخلت الدار فأنت طالق ، سمى سببا لتوقف الحكم على واسطة دخول الدار)[2] . ومنه أن يرمى شخصا فلو مات ضمنه الرامى ، مع أن الموت حدث بالجرح ، نظرا

---

(١) المستصفى : ١١٢ .
(٢) تخريج الفروع على الأصول: ص ٣٥٢ .

لأن الجرح يضاف إلى الرمى الذى هو علته . ولو أكره إمرأة على الزنا فحملت منه وماتت من الولادة ضمن الزانى ديتها ، لموتها بتعديه الذى هو علة حملها وولادتها . ومن جنسه على سبيل المقارنة حكم محكمة انجليزية بتعويض بنت قائد سفينة إحتكت بها سفينة آخرى فنزل القائد من سفينته وركب زورقاً قاصداً التفاهم مع قائد السفينة التى صدمته ، وفى هذه الأثناء هبت عاصفة شديدة أغرقت الزورق ، ومات هذا القائد . وإنما حكمت المحكمة بمسئولية القائد المعتدى عن موت الآخر ، بناء على أن نزوله إلى القارب بعد الصدام والرغبة فى التفاهم نتيجة طبيعية للحادث نفسه ، فيتحمل مسئولية غرقة هذا الآخر[1] .

٢٣٣ – ويعرف المالكية التسبب بأنه (ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة ، كحفر البئر فى محل عدوانا ، فيتردى فيها بهيمة أو غيرها ، فإن أرداها غير الحافر فالضمان عليه دون الحافر ، تقديما للمباشرة على المتسبب)[2] . ومن جنسه وضع السم فى الطعام ووقد النار قريبا من أرض الجار أو ملكه فتنتقل إليه ، ونحو ذلك مما من شأنه أن يفضى فى الغالب والمعتاد إلى التلف .

ويتفق الحنابلة مع غيرهم فى التفريق بين المباشرة والتسبب؛ فالإتلاف بالتسبب عندهم كل (فعل يفضى عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه . ويعبر عن الفاعل بالتسبب)[3] . ويوافقهم الشيعة الإمامية فى تعريف التسبب بما لا يخرج عن ذلك .

٢٣٤– والمفهوم الأصولى للسبب بهذا التحديد أعم من مثيله الفقهى ، وإن اشتركا فى المعانى التالية : .

(أ) السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذى أناط به الشارع الحكم ، سوا تمثل ذلك فى واقعة طبيعية أو فعل إنسانى . غير أن السبب فى الجنايات والضمانات قاصر على الأفعال الإنسانية وحدها ، لأنه لا تكليف للحيوانات والجمادات . وفى هذا المجال يشمل السبب كلا من المباشرة والتسبب إذا أديا إلى الضرر .

---

(١) انظر قضية Oropeasn v. Some other ships .

(ب) التسبب يقابل المباشرة من جهة أن المباشرة تؤدى إلى الضرر دون تدخل واسطة ، أما التسبب فإنه يؤدى إلى الضرر مع تدخل واسطة أو عده وسائط بين الفعل والضرر . غير أنه إذا تعددت الوسائط وقويت فى ذاتها ، على نحو أضعف التسبب فإن الضرر يضاف إلى المتوسط أو العلة لا إلى السبب . وذلك كما لو ضرب زيد عمرا ضربة أفقدته وغيه فجاء آخر وأطلق الرصاص عليه وقتله ، فإن زيدا يسأل عن الضرب ، ويطلق عليه الفقهاء اصطلاح صاحب السبب ، أما الذى أطلق الرصاص فهو الذى يسأل عن القتل ، وهو صاحب العلة فى اصطلاح الفقهاء .

(ج) اتفق الفقهاء على تقديم صاحب العلة أو المباشر عند اجتماعه مع المتسبب فى الضمان ، وعلى تقديم المتسبب إذا قويت نسبة الضرر إلى فعله ، كما لو كان فعل صاحب العلة ، أو المباشر ، متولدا عن فعل صاحب السبب . ولذا لو شهد شهود زور بالقتل فحكم القاضى بالقصاص ضمن الشهود ، لا القاضى ، مع أنهم أصحاب سبب ، لأن فعل صاحب العلة ناشىء عن فعلهم ومتولد عن شهادتهم .

(د) يقترب التقسيم الفقهى للعلاقة بين السبب ونتيجته من حيث المباشرة والتسبب من تقسيم المعتزلة للأفعال الإنسانية إلى مباشرة ومتولدّة ، من حيث الإضافة للفاعل ومسئوليته عنهما وتأثيرهما فى النتيجة الناشئة عنهما وتقدم المباشر على غيره فى هذا التأثير . وعلى الرغم من وضوح الأساس الواقعى لهذاالتقسيم فإن نتائجه العملية طبقا لبعض الاتجاهات الفقهية فى تفسيره لا تتفق مع قواعد المنطق والعرف ، فهناك فرق على المستوى العملى والتشريعى بين من يمسك سكينا أو خنجرا ويطعن به شخصا حتى يموت وبين من يحفر حفرة أو يترك شيئا له فى الطريق فيصطدم به إنسان ويموت ، مع أن من المحتمل أن سبب الوفاة فى التشخيص الطبى فى الحالتين واحد ، هو الصدمة العصبية . لكن الفرق أن هذه الصدمة كانت نتيجة مباشرة لفعل الأول فى الزمن دون الثانى الذى فصل عامل الوقت بين فعله وبين نتيجة هذا الفعل . غير أن ما تطؤه الدابة بإهمال الراكب يعد من فعله المباشر فى كثير من التفسيرات الفقهية بخلاف وضع السم فى إناء وإقناع أحد الأشخاص بتناوله فإنه يعد من التسبب . ولا فرق فيما يبدو

لى بين قطع حبل قنديل وبين انكسار القنديل نفسه فى أن إتلافهما معا من الإتلاف بالمباشرة ، مع أن المادة ٨٨٨ من المجلة العدلية تنص على أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا لسقوط القنديل وانكساره أنه يعتبر قد (أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا) ، لأن كسر القنديل نتيجه اصطدامه بالأرض ، وقطع الحبل نتيجة اصطدامه بالآلة المحددة ، وكل ذلك نتيجة لفعله وتحرك إرادته لهذا الفعل .. والذى تجدر الإشارة إليه أن التقسيم الكلامى للأفعال الإنسانية قد انتقل إلى التفكير الفقهى وأسفر تطبيقه فى هذا المجال عن قدر من الغموض يتعين توضيحه فى مناسبته من هذا البحث .

٢٣٥ – الضوابط العامة لمفهوم السببية فى الاصطلاح الفقهى : تجتمع المباشرة والتسبب فى إفضائهما إلى نتيجة معينة ، طبقا للقوانين الطبيعية التى خلق اللّه الكون عليها . ويخضع الفعل الإنسانى بعد إنفصاله عن فاعله ، من حيث تأثيره ونتائجه ، إلى هذه القوانين التى توصف بالحتمية إلى حد كبير : خلافا للفعل الإنسانى قبل صدوره فإنه يتمتع بقدر من الحرية التى تعد أساس مسئوليته فى التفكير الفلسفى والكلامى الذى سلفت الإشارة إليه . وينصب الاهتمام الفقهى على دراسة السببية لتعيين المسئولية عن نتائج الأفعال الإنسانية وتحديد نطاقها ومداها ، لاخلاف فى ذلك بين المباشرة أو التسبب . أما الهدف الفلسفى أو الكلامى من دراسة السببية فهو هدف أعم من ذلك ، والقصد منه هو تفسير الظواهر والبحث عن أسبابها القريبة والبعيدة على السواء ومع ذلك فإن السببية فى المجالين التشريعى والفلسفى هى إسناد نتيجة إلى أمر من الأمور سواء كان فعلا إنسانيا أو واقعة مادية بغية إقامة العلاقات بين الوقائع المتنوعة والظواهر التى تتوالى فى الوجود . وليس البحث فى السببية خاصا بالتشريع أو الفلسفة ، بل هو أمر مركوز فى الفطرة الإنسانية وهو سلاح العامى والعالم على السواء فى الوقوف على الأسباب والربط بينها وبين مسبباتها . وإنما تتقدم المعارف فى العلوم المختلفة العلمية والاجتماعية بتقدم الوعى بالارتباط بين الأسباب ومسبباتها .

٢٣٦ – وتضبط المعانى التالية الأسس العامة لتناول السببية فى التفكير الفقهى :

(أ) السببية هى ربط الضرر الذى أراد الشارع رفعه أو الزجر عنه بفعل من الأفعال الإنسانية لإقامة مسئولية صاحبه عن هذا الضرر وإيجاب ضمانه أو العقوبة عليه . وهى بهذا المفهوم رابطة عقلية تستند فى إدراكها إلى التجارب والذكاء ومناهج التفكير العلمى العامة المتبعة فى العلوم المتنوعة ، وليست حكما تشريعيا . ويجب ألا نتوقع لهذا أن نجد فى الفقه الإسلامى معيارا جامدا لاكتشاف علاقة السببية فذلك مالم يقدمه أى قانون ، وبدلا من ذلك فإن هذا الفقه يقدم عددا من المعايير أو الضوابط التى تتسم بالمرونة وتترك للقاضى فهم الوقائع وتقدير الملابسات والنتائج فى ضوء اعتبارات عديدة قد لا تدخل تحت حصر .

(ب) تختلف السببية فى التفكير الفقهى عنها فى التفكير الفلسفى ، من جهة أن الهدف من تعيينها فى النظر الفقهى هو إقامة المسئولية وتحديد مداها ودرجتها . أما فى الفلسفة فإن الهدف هو تفسير الظواهر والكشف عن العوامل المؤثرة فيها وتفسير الوجود نفسه . والمثال الذى يوضح ذلك أن سقوط خشبة من شرفة مبنى تحت الإنشاء على رأس أحد المارة قد يستوجب على القاضى والفقيه النظر فى الأسباب التى أدت إلى الضرر الناشىء عن سقوط الخشبة . ومن الواضح أن هذا الضرر قد حدث من توالى عدة أسباب تبدأ باصطدام الخشبة برأس المتضرر وتتعلق بسرعة الريح وقوانين الجاذبية ورفع عامل البناء لهذه الخشبة أو إهماله فى وضعها فى الشرفة . ومهمة الفقيه أو القاضى هو إسناد الضرر إلى فعل إنسان يعد سببا له . أما الوسط الطبيعى من جاذبية وسرعة فينبغى إغفال اعتبارها فى هذا الإسناد إذا كانت مألوفة ولا تنقص من مسئولية الفاعل ، لأن عليه أن يأخذها فى اعتباره عند تحرك إرادته إلى إحداث فعل أو ترك . أما مهمة الفيلسوف أو الباحث الاجتماعى فلا تنحصر فى إلقاء المسئولية على هذا العامل أو ذلك ، وإنما تتعلق بالعمل على تفسير الظاهره بالرجوع إلى العوامل الطبيعية والأفعال الإنسانية . ولا يبعد لذلك أن يدخلا فى اعتبارهما سبب مرور المتضرر فى الشارع لحظة سقوط الخشبة ، مما قد يرجع إلى عوامل شخصية وتاريخية تتعلق بأسلافه وإلى عوامل أخرى جغرافية واقتصادية واجتماعية . وتشمل السببية فى الاعتبار الفلسفى بهذا مجموع القوى المؤثرة فى إنتاج الظاهر والتى يؤدى غياب أى منها إلى

غياب هذه الظاهرة ، ولذا فإن هذه الأسباب تتساوى فى التأثير ، ولا يمكن الترجيح بينها فى الأهمية من هذا الوجه ، لأن كل سبب منها هو الذى يهيىء السبب الذى يليه فى الوجود لأداء دوره . أما السببية فى التفكير الفقهى فتتعلق بالسلوك الإنسانى من جهة تدخله لترجيح إيجاد نتيجة من النتائج للكشف عن مسئولية صاحب هذا السلوك . ومن الممكن لذلك من الوجهة الفقهية إجراء مقارنة بين الأسباب المتعددة والمتداخلة بحسب خطورتها وأهميتها وموقعها فى إنتاج الضرر .

(ج) تختلف السببية عن كل من الخطأ والعمد ، من جهة أن السبب هو ما يتوقف على وجوده وجودُ المسَّبب ، أما الخطأ فهو السلوك مسلكا مخالفا للسلوك الصحيح ، والعمد هو قصد هذا السلوك . والسببية بهذا علاقة ذهنية موضوعية تخضع فى دراستها للقواعد المنطقية ، على حين أن الخطأ والعمد حكم أخلاقى أو قانونى يستند إلى نصوص الشريعة ومبادئها . وإنما يقتضى قيام المسئولية عن الضرر إثبات كل من السببية بين الضرر وبين الفعل الذى أدى إليه مع إثبات تعدى الفاعل لهذا الفعل بالقصد إليه أو الإهمال فى سلوكه .

(د) يتيسر اكتشاف السببية بين الفعل والضرر إذا ترتب على الفعل مباشرة ولم يتدخل بين تواليهمافى الوجود عامل آخر ، كقاتل يطعن المجنى عليه فيموت ، وكإيقاد النار فى زرع الغير بإلقاء مادة مشتعلة فيه وغصب مال الغير وإتلاف مال هذا الغير على نحو مباشر . أما إذا تعددت الأفعال والعوامل التى يحتمل نسبة الضرر إليها ، كما فى أحوال الإهمال المشترك وتعدد الجناة وإسهام العوامل الطبيعية أو الآفات غير المألوفة وغير المتوقعة فى إحداث الضرر فإن اكتشاف السببية وتحديدها فى التطبيقات الواقعية قد يدق ويغمض مما يؤدى إلى اختلاف الرأى بين الفقهاء فى إسناد الضرر إلى هذا العامل أو ذاك . من ذلك أن يجرح أحد الناس شخصا ويهمل فى علاج نفسه ، أو يجرى جراحة عند طبيب جاهل ، أو يهمل الطبيب فى علاجه . ومن جنسه أن يرش بعض الطريق بالماء فيسير شخص على الجزء المبتل ويقع .

٢٣٧ – وقد صاغ الفقهاء عددا من المعاييرالتى يستعين بها القاضى والمفتى فى الكشف عن السببية عند اجتماع العوامل التى يمكن إسناد الضرر إليها . من بين تلك المعايير قاعدة إضافة الفعل إلى المباشر لا إلى المتسبب ، عند

اجتماعهما ، إلا إذا كان فعل المباشر ناشئا عن فعل المتسبب ومتولدا عنه[1] ، وقاعدة ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه ، وقاعدة إذا انتسب الضرر إلى فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه أضيف الضرر إلى الفعل الغير المأذون فيه[2] . وقد أضاف الفقهاء الضمان عند تعدد الأسباب فيما تكشف عنه عباراتهم إلى السبب الأقوى فى إنتاج الضرر أو إلى السبب الأقرب وقوعا أو إلى السبب الأول . وهذه المعايير كلها معايير تتسم بالمرونة وتترك للمجتهد حرية استقراء الوقائع وإسناد الضرر إلى فعل بعينه طبقا لقواعد المنطق والأعراف السائدة فى التفكير . وقد صاغت بعض المذاهب قواعدها فى السببية على هدى من هذه المعايير العامة على حين ألزمت بعض المذاهب الأخرى أنفسها بقواعد تفصيلية لا تتسق مع القواعد المنطقية العامة وتتعارض مع المبادىء الشرعية فيما يكشف عنه التحليل التالى للمذاهب الفقهية .

٢٣٨ – مذهب الأحناف : يتفق الأحناف مع غيرهم فى مسئولية الإنسان عما يترتب على فعله من نتائج مباشرة لا يتدخل بينها وبين الفعل عامل آخر ، لأن القاعدة الشرعية أن كل نفس بما كسبت رهينة ، والموالاة بين الفعل والضرر فى الوجود دليل على إضافة الضرر لهذا الفعل بعينه . أما إذا تدخلت عوامل أخرى بين الفعل والضرر على نحو قطع النسبة بينهما فى المألوف المعتاد بين الناس فإن السببية لا تنشأ . من ذلك ما ذكره الغزالى بأن من ضرب شخصا ضربة خفيفة ومات هذا الشخص بعدها فإن الضارب لا يكون مسئولا عن وفاة المضروب ، (فهذا لا يجعل سببا ، بل هو موافقة قدر)[4] ، وإنما يعد مسئولا عن الضرب وحده . ومن جنسه أن يضرب شخصا فيأتى آخر ويجز رقبته بالسيف أو السكين فإن فعل الثانى قطع فعل الأول الذى لا يسأل عن الموت وإنما يكون مسئولا عن فعله ،

---

(١) القواعد لابن رجب : ص ٣٨ .
(٢) المستصفى : ١١٢ .

وهو الضرب ، ويختلف ذلك عما لو شهد شاهدان زورا على شخص بجناية قتل ، فحكم القاضى بالقصاص ، ورفض الأولياء جميعا العفو عنه ، ونفذ الجلاد فيه الحكم بالقصاص ، ثم أقر الشهود بزور شهادتهم ، فإن قَتْل المقتص منه ظلما هو مباشرة الجلاد ، وتسبب رفض الأولياء العفو وحكم القاضى بالقصاص وشهادة الزور . وهذه الأسباب كلها متولدة عن شهادة الزور وناشئة عنها على نحو لم يقطع نسبة الضرر إليها ، فتقع المسئولية بذلك على صاحب السبب الأول فى الوقوع وجودا ، وهم الشهود .

٢٣٩ – ويطلق الأحناف على فاعل السبب الأول فى الوجود اصطلاح (صاحب السبّب) ، وعلى الأخير المقارب للضرر (أو المباشر) اسم (صاحب العلة) . ومن الممكن أن يتعدد أصحاب السبب وأن يتوالى وقوعه منهم فى الوجود كما لا يخفى فى المثال السابق . وقاعدة الأحناف فى إلقاء المسئولية على صاحب السبب أو صاحب العلة أنه إذا أمكن إضافة العلة إلى السبب قامت مسئولية صاحب السبب كما فى المثال السابق ، وإلا وقعت المسئولية على صاحب العلة . وفى ذلك يقول صدر الشريعة : (اعلم أنه لا بد أن يتوسط بينه [أى السبب] وبين الحكم علة ، فإن كانت مضافة إليه كوطء الدابة شيئا ، فإنه علة لهلاكه ، وهذه العلة مضافة إلى سوقها وهو السبب . فالسبب فى معنى العلة فيضاف الحكم إليه . فيجب الدية بسوق الدابة وقودها والشهادة بالقصاص إذا رجع ، لا القصاص عندنا .. ، لأنه جزاء المباشرة ، وشهادته إنما صارت قتلا بحكم القاضى واختيار الولى .

(وأن لم تكن مضافة إليه .. نحو .. أن تكون العلة فعلا اختياريا فسبب حقيقى لا يضاف الحكم إليه ، فلا يضمن .. من دفع إلى الصبى سكينا ليمسكه للدافع فوجأ به نفسه ، لأنه تخلل بين السبب ، وهو دفع السكين إلى الصبى وبين الحكم فعل فاعل مختار ، وهو قصد الصبى قتل نفسه . وإن سقط من يده [الصبى] فجرحه ضمن ، لأنه لم يتخلل هناك فعل فاعل مختار ، فيضاف الحكم إلى السبب وهو الدفع)[1] . وهذا النص يفيد المعنيين التاليين :

---

(١) التوضيح : ٧٠٥/٢ .

أولهما : أن المباشرة ، وهى ترتب الضرر على الفعل دون واسطة ، غير موجود فى الواقع العملى بمفهومه الحقيقى ، فإن الوفاة الناشئة عن إطلاق النار على شخص قد حدثت نتيجة الصدمة العصبية أو الهبوط الحاد أو ما إلى ذلك من علل ناشئة عن السبب ، وهو إطلاق النار . وهذا هو الذى يقصده صدر الشريعة بقوله : اعلم أنه لا بد أن يتوسط بين السبب والحكم علة .

والثانى : أن معيار إلقاء المسئولية على صاحب العلة أو السبب تبعا لإمكان إضافة الضرر إلى العلة وحدها أو السبب معيار غامض . يوضحه إلى حد ما أن الأحناف يلقون المسئولية فى عدد من الفروع الفقهية على العلة دون السبب . ويمكن التمييز فى هذه الفروع فيما نص عليه الأحناف بين القسمين التاليين :

أولهما : أن تكون العلة فعلا اختياريا لإنسان أو حيوان أو طائر . من ذلك مثال دفع السكين للصبى إذا طعن نفسه بها ، بخلاف ما لو وقعت من يد الصبى حالة إمساكها للدافع ، إذ ينسب الضرر فى هذه الحالة لفعل الدافع ، لأنه لم تنقطع نسبته بتدخل فاعل مختار . ومن جنسه أن يفتح قفص طائر فيهرب ويضيع ، فالفاتح للقفص هو صاحب السبب وطيران الطائر هو العلة فى الضياع أو تلف المال فينسب للعلة وهى الطيران لا إلى السبب وهو فتح القفص . ومن ذلك فى الجنايات وضع السم فى الماء لمن يعرف الجانى تعوده على الشرب منه ، فإنه إذا شرب ومات أضيفت الوفاة إلى شربه ، وهو العلة ، لا إلى السبب وهو وضع السم فى الماء . ومن ذلك أن يدل أحد السارق على مال الغير فإذا سرقه كان اللص صاحب علة والدال صاحب سبب ، ويتقدم اللص فى المسئولية على الدال لذلك .

والثانى : أن تستقل العلة عن السبب بحيث لا تلزم عنه ولا تعد نتيجة له . من ذلك أن من وضع حجرا فى الطريق أو (جمرة فأزالتها الريح عن محلها فأحرقت شيئا لم يضمن الواضع)[1] ، لأن الريح هى التى أزالت الجمرة أو الحجر عن موضعهما فينقطع فعل الواضع لهما ولا تلزمه النتيجة . ومن جنسه أن يضع شيئا فى الطريق فتنفر الدابة منه ، فإن أصابت فى ثورتها أحدا لم يضمن الواضع ،

---

(١) جامع الفصولين : ١٢٢/٢ .

لأن الإصابة لا تضاف إلى فعله[1] . ولو حمل صبيا على دابة فهلك ضمن إلا إن ساقها الصبى بنفسه فلا يضمن ، لأن (مباشرة الصبى تقطع عمل المتسبب)[2] . أما إن ضرب رجلا فسقط منه شيء وتمزقت ثيابه فإنه يضمن كل ذلك ، لإضافة هذه الأضرار إلى فعله[3] . لكن لو رفع شخص الحشيش الذى يغطى مجمدة (الثلج) فأذابتها الشمس لم يضمن فى اتجاه فى المذهب الحنفى ، لأن رفع الحشيش سبب وفعل الشمس علة فيضاف التلف إلى العلة لا إلى السبب ؛ وقد (تلف لا بفعله)[4] . وفى مجمع الضمانات أن من حل رباط دابة غيره أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فطار الطير منه لم يضمن ، خلافا لمحمد[5] . ورأى محمد هو الأولى بالقبول وإن صدرت الفتوى على مذهب الشيخين فى أكثر الأحوال .

٢٤٠ – ويتجه على مذهب الأحناف فى قطع السبب بتدخل علة مستقلة ، سواء كانت هذه العلة فعلا اختياريا أو نتيجة غير لازمة عن السبب الأمور التالية :

(أ) أنه يؤدى إلى إفلات الجانى من المسئولية عن فعله أو ضعف مجازاته به على نحو لا يتناسب مع عدوانه . من ذلك أن القتل بالتسبب لا يوجب الكفارة ولا القصاص عند الأحناف ولا يتعلق به حرمان القاتل من الميراث ، وإنما يجب به الدية ، سواء قصد الجانى إلى القتل أو لم يقصد[6] . ولو مزق وثيقة الدين فجحده المدين لم يضمنه الذى مزقها . ولا يختلف الحكم لو قصد إلى ذلك . ويأبى العقل تبرير رفع عقوبات القتل العمد عن القتل بالسم ورفع مسئولية من قام بتمزيق وثيقة الدين بحكم أنهما صاحبا سبب لا علة .

---

(١) السابق .
(٢) السابق : ١١٤/٢ .
(٣) السابق .
(٤) السابق : ١١٦/٢ ، ومجمع الضمانات : ١٥٣ .
(٥) السابق : ١٤٨ .
(٦) الهداية : ١٥٩/٤ .

(ب) يخالف هذا المنهج اعتراف الشارع بالأسباب وتأثيرها بوجه ما فى مسبباتها ، فالباء للسببية فى قوله تعالى : ﴿ ونودوا أن تلكم الجنة أورثتموها بما كنتم تعملون ﴾[1] ، وقضية تعليل الأحكام الشرعية لا تحتاج إلى مزيد بيان . ويسلم الأحناف بالأسباب وبدوران الأحكام الشرعية على أسباب وعلل معقولة المعنى ، لكنهم اعتقدوا أن المسئولية لا يتحملها صاحب السبب البعيد مع وجود سبب أدنى إلى حدوث الضرر . لكن إنكار مسئولية فاتح قفص الطائر ودافع السكين للصبى بحجة بعده فى السببية مما يبلغ مبلغ إنكار التسبب بمفهومه المستقر فى أذهان الناس وفطرهم فى تلك الأحوال التى ينقطع فيها السبب بتدخل العلل التى حكم الأحناف باستقلالها .

(ج) يؤدى مذهب الأحناف إلى إلقا التبعة على مالم يعتبره الشارع أهلا لها من القوى الطبيعية والحيوانات والطيور ، كما اتضح من الأمثلة السابقة . ويجب استبعاد هذه العوامل مطلق عند البحث فى الأسباب المحتمل إسناد الضرر إليها والاكتفاء برصد الأفعال الإنسانية بغية إسناد المسئولية إلى أى من هذه الأفعال ، باعتبار أنهاوحدها مناط هذه المسئولية .

(د) يغلب على الظن أن المفهوم الفقهى للتسبب يختلط أحيانا بنظيره الفلسفى ، وهم على حق لذلك من الناحية العقلية العامة فى اعتقادهم أن حرارة الشمس هى سبب ذوبان المجمدة وأن المقتول بالسم هو الذى اختار شرب الكوب الذى وضع فيه السم . لكن الواجب ألا نخلط بين هذين المستويين فى السعى إلى إقامة المسئولية .

٢٤١ – ولعل دافع الأحناف إلى إيجاب استقلال السبب بالنتيجة واشتراط عدم تدخل أى عامل آخر مستقل بذاته هو التحرز من إلقاء المسئولية على المعتدى الذى لم يستقل فعله بإحداث الضرر . ومن سمات المذهب الحنفى التوسع فى تفسير الشك لمصلحة المدين أو المتهم . ولذا نراهم يمنعون إجراء القياس فى الحدود والكفارات[2] . كما أنهم يضيقون مفهوم العمد أو الفعل الموجب

---

(١) الأعراف : ٤٣ .

(٢) تيسير التحرير : ١٠٣/٤ .

للقصاص أكثر من سائر المذاهب الفقهية . ويتمتع الغاصب عندهم بحقوق لا ينعم بها في أى مذهب فقهى آخر . فالعقار والمنفعة مطلقا غير مضمونين بالغصب ، ولو بنى على الأرض المغصوبة لا يكلف الغاصب فى المذهب بهدم ما بناه إلا إذا كانت قيمة هذا البناء أقل من قيمة الأرض المغصوبة . أما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض المغصوبة فإن الغاصب يخير بين الهدم وبين أخذ الأرض ودفع قيمتها لصاحبها . ومن جنسه (ما لو غصب ساجة – أى خشبة – وأدخلها فى بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة ، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها)[1] ويتفق بهذا تقييد مسئولية صاحب السبب عند الأحناف باشتراط عدم تدخل علة مستقلة عنه مع هذا الموقف العام الذى اتخذوه فى تفسيرهم الشك لمصلحة المتهم ورعايتهم لحقوقه ومصالحه .

٢٤٢ – ويبدو لى أن منهج الأحناف فى التفريق بين صاحب السبب وصاحب العلة ، وإضافة الضرر إلى العلة من حيث المبدأ ما لم تكن متولدة عن السبب ، هو المسئول عما يرد على مذهب الأحناف أحيانا من مجافاة لما توجبه العدالة . ولذا يخرج الأحناف أنفسهم على هذا المنهج فى كثير من المسائل ، من بينها :

١ – **السبب المعنوى للضرر** : يوجب الأحناف ضمان الضرر الناشئ بفعل غير مادى كالترويع والتفزيع والحبس ، إذا أضيف الضرر إلى هذا الفعل ؛ فمن صاح بصبى صيحة أفزعته ومات ضمن الصائح ، وكذلك لو صاح بدابة فجرت وضاعت ضمن الذى تسبب فى ذلك[2] . ولو أدخل إنسانا بيتا وأغلق عليه الباب حتى مات جوعا فقياس مذهب أبى حنيفة أن الحابس لا يضمن ، لأنه صاحب سبب ، والعلة للموت هى الجوع ، وليست من فعله . ويخالف فى ذلك أبو يوسف ومحمد فتجب الدية عندهما ، وروى قاضيخان عن محمد أن يعاقب الرجل وتجب الدية على عاقلته[3] . ولو ضرب غيره فضاعت أمواله

---

(١) الأشباه والنظائر لابن النجيم : ص ٨٨ .

(٢) جامع الضمانات : ١٧٢ .

(٣) السابق ، والبدائع : ٢٣٥/٧ ، والزيلعى : ١٠١/٦ .

وثيابه ضمن الضرب وحده عند أبى حنيفة ويضمن الأموال والثياب فيما ذهب إليه الصاحبان . والإفتاء فى المذهب بكلا الرأيين فيما يفهم من تعدد الفتاوى المذكورة فى مجمع الضمانات[1] . ولو نزع سن امرأة على نحو مفاجىء لم تتوقعه تعديا (فتجن يوما وتفيق يوما فحكومة عدل)[2] .

٢ - الضمان بالسعاية : لو سعى أحد إلى سلطان أو قاض أو أية هيئة لها صفة قضائية فأغرم المشكو فى حقه أو المدعى عليه ثم ظهر كذب الشاكى وأنه لم يكن محقا فى شكواه أو لم يقصد بدعواه إقامة الحسبة فما غرمه المشكو منه أو المدعى عليه وما تضرر به مضمون على الشاكى أو المدعى . والسعاية الموجبة للضمان أن يقول شيئا هو سبب لأخذ المال دون أن يقصد الحسبة بما قال ، فشمل أن يقول فلان وجد مالا أو أصاب ميراثا أو رفع أمرا إلى الحاكم مما يغرم به المال . وإنما أفتى المتأخرون برأى محمد بن الحسن لغلبة السعاية فى أزمانهم . وأبو حنيفة ، وأبو يوسف لا يوجبان الضمان على الساعى لأنه صاحب سبب لا يتحمل تبعه ظلم السلطان وفعله[3] .

٣ - الترك : يوجب الأحناف المتأخرون الضمان بترك ما أوجبه الشرع من تبصر وتحوط ؛ فلو أشعل النار فى ملكه بطريقة مخالفة للمعتاد وتعدت النار إلى زرع جاره أو ملكه ضمن[4] . ويضمن كذلك من سقى أرضه بما يزيد على المعتاد إن تسرب الماء إلى أرض الجار وأتلف ما فيها[5] . وكذلك إذا سقط سرج الدابة أو بعض ما تحمله فأتلف شيئا ضمنه سائقها أو قائدها ، لتقصيره فى شد الحزام أو الحمل[6] . والضمان - فيما يبدو - فى هذه الأمثلة هو قياس مذهب محمد بن الحسن . ولا يجب الضمان فى قياس قول أبى حنيفة ، لأن الضرر

---

(١) السابق : ١٧٣ .

(٢) السابق : ١٧٠ .

(٣) السابق : ١٥٤ - ١٥٥ ، والفتاوى الغياثية : ١١٦ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٦١ ما بعدها ، والمبسوط للسرخسى : ٢٣/٢٧ ، وقد جاء فيه أن من أحرق حشائشه فامتدت النار إلى الغير لا يضمن إلا عند المتأخرين .

(٥) السابق : ١٦٣ وما بعدها .

(٦) مجمع الضمانات : ١٨٦ .

ينسب إلى العلة وهى النار والماء أو غيرهما مما لا يضاف إلى صاحب السبب .

٤ – الصدمة العصبية : من فعل فعلا يؤدى إلى الإفزاع والترويع فى العادة وإلى الإضرار كان فاعل هذا الفعل مسئولا عما يتولد عنه . فمن يحفر بئرا ووقع فيه أحد الناس دون أن يصيبه شيء من السقوط فيه ، ولكنه مات من الفزع والخوف ، لم يضمن فى قياس قول أبى حنيفة ، لأن العلة هى الفزع ولا يضاف ذلك إلى فعل الحافر ، خلافا للصاحبين ، ففى مجمع الضمانات أن من سلم من السقوط فى البئر (ومات فيها جوعا أو غما لا يضمن الحافر فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : إن مات فيها جوعا فكذلك . وإن مات فيها غما بأن أثر الغم فى قلبه .. فمات من ذلك ضمن الحافر . وقال محمد : يضمن الحافر فى الوجوه كلها ، لأن الموت حصل بسبب الوقوع فى البئر)[1] ، فيضاف ذلك إلى فعل صاحب السبب .

٥ – الإهمال المشترك : القاعدة الشرعية أن كل إنسان مسئول عن فعله وعما يتولد منه . وقياس مذهب أبى حنيفة فى إضافة الفعل إلى علته لا إلى سببه وقطع السبب بتدخل فعل فاعل مختار تقييد قاعدة مسئولية الإنسان عن فعله . غير أن الفتوى فى المذهب فيما يتعلق بمسائل الإهمال المشترك لا تدل على قبول هذا التقييد . من ذلك أنه لو كان (صغيران يلعبان فصرع أحدهما صاحبه فانكسر فخذه ولم ينجبر حتى لا يمكنه المشى فعلى أقرباء الصبى من جهة أبيه خمسمائة دينار)[2] . وإنما وجبت الخمسمائة دينار ، وهى نصف الدية ، لأن النصف الآخر يضاف إلى فعل المتضرر نفسه فيهدر . ووجوب الدية كاملة فى مقابل إذهاب منفعة المشى . ومن جنسه ما لو استأجر رجل أربعة رجال (يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم ، ومات أحدهم ، كان على كل واحد من الثلاثة ربع الدية ، ويسقط ربعها ، لأن البئر وقع بفعلهم ، وكانوا مباشرين ، والميت مباشر أيضا فتوزع الدية عليهم أرباعا ، فيسقط ربعها ويجب ثلاثة أرباعها)[3] .

---

(١) مجمع الضمانات : ص ١٨٠ .
(٢) السابق : ١٧٠ .
(٣) السابق : ١٨٠ .

ويشبه هذا الحكم ما قضى به على رضى الله عنه فى مسألة القامصة والواقصة والقارصة التى سلفت الإشارة إليها . وهناك مع ذلك أمثلة لبعض الفتاوى التى قضت بمنع الضمان لتدخل المضرور بفعله ، مما يدل على وجود اتجاه فى المذهب الحنفى إلى طرد العمل بمذهب الإمام فى مسألة الإهمال المشترك أيضا .

من هذه الأمثلة ما أورده صاحب مجمع الضمانات فى (رجل دفع إلى صبى سكينا فضرب الصبى نفسه أو غيره بغير إذن لم يضمن الدافع شيئا)[1] ، لانقطاع فعله ورجوع الضرر إلى فعل المتضرر . وعلى سبيل المقارنة فقد كان القانون الإنجليزى يحكم بنفى الضرر إذا تدخل المتضرز بفعله على نحو أسهم فى إحداث النتيجة ، وذلك قبل صياغة مفهوم الإهمال المشترك Contributory negligence فى أواخر القرن الماضى ، حسبما سلفت الإشاره إليه فى المبحث التاريخى .

٢٤٣ – وبهذا فإن مذهب الإمام محمد بن الحسن فى إضافة الضرر إلى السبب إذا كان مسببا له فى مجارى العادات قد أقدر فقه الأحناف على الخروج من الدائرة الضيقة التى رسمها إمامه لمفهوم السببية . غير أن الفتاوى فى المذهب تستند إلى رأى أبى حنيفة أو إلى رأى محمد دون وضوح كاف مما يؤدى إلى غموض مفهوم السببية فى هذا المذهب . من ذلك أن صاحب مجمع الضمانات يذكر على التوالى أن من (حلَّ قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهب لا يضمن) ، وذلك لأن الضياع مضاف إلى العلة لا إلى السبب . أما (لو كان العبد المجنون مقيدا فى بيت مغلق فحل رجل قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح) . وكذلك : (لو جاء رجل إلى حمار مشدود فى سكة فحله فغاب الحمار لا يضمن وعن محمد أنه يضمن)[2] . والحكم بالضمان فى هذه المسائل اختيار لرأى محمد ، وبعدم الضمان إفتاء برأى أبى حنيفة . فَلْيُتَنَبَّهْ لذلك لأهميته فى قراءة مسائل الضمان فى المذهب الحنفى .

---

(١) السابق : ١٧٢ .

(٢) مجمع الضمانات : ١٤٨ .

إن أبا حنيفة يطبق مبدأ التفريق بين العلة وبين السبب ، ويحكم بإضافة النتيجة إلى العلة ، إلا إذا كانت العلة ذاتها متولدة عن السبب على نحو لا يتخلف فى المنطق . أما محمد بن الحسن فيحكم بإضافة النتيجة إلى السبب إذا كانت تنتسب إليه فى مجارى العادات . ومذهبه فى ذلك قريب من مذهب المالكية .

مفهوم السببية عند المالكية :

٢٤٤ - يختلف المفهوم الفقهى للسببية فى هذا المذهب عن مفهومها المنطقى أو الفلسفى أو الكلامى ، فمعيارها عندهم هو النظر إلى مجارى العادات والواقع العملى ، بحيث يعد كل امرىء مسئولا عما ترتب على فعله من نتائج تولدت عن فعله ؛ فمن فتح زق سمن جامد أو سائل أو حل قيد دابة أو فتح قفص طائر عدّ مسئولا عن ضياع السمن والدابة والطائر فى مألوف الناس وأعرافهم . وفى ذلك يقول الشاطبى : (إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبَّب ، قصد ذلك المُتَسَبِّبُ أولا ، لأنه لما جعل مسببا عنه فى مجرى العادات عدّ كأنه فاعل له مباشرة . ويشهد لهذا قاعدة مجارى العادات ، إذا جرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها ، كنسبة الشبع إلى الطعام والإرواء إلى الماء والإحراق إلى النار والإسهال إلى السقمونيا وسائر المسبَّبات إلى أسبابها . فكذلك الأفعال التى تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا . وإذا كان هذا معهودا معلوما جرى عرف الشارع فى الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزان)[1] .

ويستدل الشاطبى على إسناد الشارع النتيجة إلى فاعل سببها وإن بدت بعيدة عنه أحيانا بالعديد من النصوص الشرعية . من ذلك أن الشارع يكافىء من سن سنة حسنة بمثل أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، دون أن ينقص ذلك من أجر من عمل بها ، كما أن الشارع يعاقب من سنَّ سنة سيئة بإلقاء وزرها عليه ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة . ومن جنس ذلك ما جاء فى القرآن الكريم ﴿أن من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس

---

(١) الموافقات : ٢١١/١ .

جميعا ﴾[1] واعتدى على الحياة ذاتها ، وفى السنة أنه لا تقتل نفس ظلما إلا كان على ابن آدم الأول كفل منها ، لأنه أول من سن القتل . ولا يشترط فيما أوضحه الشاطبى علم المتسبب بالنتائج لقيام مسئوليته عنها ، (فالفاعل ملتزم لجميع ما ينتجه ذلك السبب من المصالح أو المفاسد وإن جهل تفاصيل ذلك)[2] .

٢٤٥ – ويؤدى اعتبار المتسبِّب مسئولا عن السبب فى الخطاب الشرعى إلى إيجاب نظر المكلف فيما ينشأ عن فعله من مفاسد قد لا تخطر بباله لأول وهلة فيؤاخذ بها بتقصيره فى النظر الذى كلفه به الشارع . ويستشهد الشاطبى لذلك بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إن الرجل ليتكلم بالكلمة من سخط لله لا يلقى لها بالا يهوى بها فى النار سبعين خريفا » . ومن جنسه ما ذكره الإمام الغزالى فى كتاب الكسب من إحياء علوم الدين أن إنفاق درهم زائف أشد من سرقة مائة درهم ، لأن السرقة جريمة تمت وانقطعت ، أما إنفاق الزائف فإنه سبب لتردده فى الأيادى فيعم ضرره ويتسع فساده[3] . وبهذا فإن فاعل السبب مسئولا عما يؤدى إليه ، سواء علمه وقصده أم غفل عنه وقصر فى إدراكه .

٢٤٦ – ومع ذلك فإن المسئولية تنتفى عن المتسبِّب إذا بذل غاية جهده ولم يقصر ، لأنه لا يكلف فوق طاقته ، بالإضافة إلى أن وقوع الضرر مع بذل غاية الجهد فى التبصر والتحوط من النادر القليل الذى لا يعتد به . وفى ذلك يقول الشاطبى : (إذا وقع خلل فى المسبب نظر الفقهاء الى التسبب هل كان على تمامه أم لا ؟ فإن كان على تمامه لم يقع على المتسبب لوم . وإن لم يكن على تمامه يرجع اللوم والمؤاخذة عليه .. ألا ترى أنهم يضمنون الطبيب والحجام والطباخ وغيرهم من الصناع إذا ثبت التفريط من أحدهم ، إما بكونه غرَّ من نفسه وليس بصانع ، وإما بتفريط . بخلاف ما إذا لم يفرط فإنه لا ضمان عليه ، لأن الغلط فى المسبَّبات

---

(١) المائدة : ٣٢ .
(٢) الموافقات : ٢١٣/١ .
(٣) السابق : ٢٢٨/١ .

أو وقوعها على غير وزان التسبب قليل ، فلا يؤاخذ . بخلاف ما إذا لم يبذل الجهد فإن الغلط فيها كثير فلا بد من المؤاخذة)[1] .

٢٤٧ – ومن هذا يبدو اعتقاد المالكية بفهم السبب فى إطاره العرفى العملى لا فى إطاره النظرى المنطقى؛ فالسبب عندهم هو الفعل الذى يؤدى إلى النتيجة ذاتها فى مجارى العادات . وتنحصر مسئولية الشخص بذلك فى النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب المجرى العادى للأمور . أما ما كان من قبيل موافقة الأقدار كأن يضرب أحد غيره ضربة خفيفة فيموت فإن الضارب لا يسأل عن الوفاة ، لأنها ليست نتيجة متوقعة لفعله فى العادة والمألوف . ويجب على المكلف النظر فى نتائج فعله والتحوط من إيقاع الضرر بغيره ، فإن لم يفعل كان متعديا ونشأت مسئوليته عن هذه النتائج . أما إذا تبصر فى فعله ووقع الضرر مع ذلك مخالفا التوقع المألوف للناس فلا ضمان ، لقلة وقوع الضرر مع التبصر ولعدم إسناد الضرر إلى فعله .

٢٤٨ – ويقترب فهم المالكية للسبب من نظرية (السبب الملائم أو المناسب) التى ظهرت حديثا فى كل من ألمانيا وإيطاليا والتى تحظى بالقبول فى التفكير القانونى الحديث . وتعد هذه النظرية نوعا من التطوير لنظرية السبب المنتج التى أسهم فى صياغتها فى ألمانيا كل من فون بار Von Bar وفون كريس Von Kries[2] . وتقضى نظرية السبب الملائم أو المناسب بأن المتعدى مسئول عن النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب المجرى العادى للأمور In the Ordinary eourse of theings . ولا تنقطع علاقة السببية فى هذه النظرية بتدخل عوامل خارجية بين الفعل والنتيجة ، لأنها تشكل الظرف العام الملائم لإحداث النتيجة . أما لو وجدت عوامل غير عادية وتدخلت بين الفعل والنتيجة على نحو لا يمكن توقعها فإن المتعدى لا يسأل عما نتج بهذا التدخل . من ذلك أنه

---

(١) السابق : ٢٣٢/١ .

(٢) انظر علاقة السببية فى المسئولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون ص ٣٠، ٤٨، وعلاقة السببية فى القانون الجنائى للدكتور رؤوف عبيد ص ١٧ وما بعدها ط. دار الفكر العربى ١٩٧٤ ، والأحكام العامة فى قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى : ص ٤٦٣ ، ط ١٩٦٣ ، وانظر أيضا Causation in the lew: by H. L. A. Hart P. 68, 363

لو ضرب شخصا فجرحه وذهب المعتدى عليه إلى المستشفى للعلاج فانقلبت به السيارة فى الطريق أو شب حريق فى المستشفى بعد وصوله إليه فإنما يكون المعتدى مسئولا عن الجرح لا عن الوفاة . أما لو سرى الجرح إلى التلف لتلوثه أو لظروف صحة المعتدى عليه فإن الجانى يسأل عن القتل ، لكون ذلك من النتائج المحتملة أو التى ينبغى توقعها . وقد أخذ القانون الباكستانى بنظرية السبب الملائم فيما تدل عليه المادة ٢٢٩ والمادة ٣٠٠ من القانون الجنائى الباكستانى . وهو ما سار عليه القضاء المصرى كذلك . فلا تنقطع رابطة السببية بخطأ المجنى عليه أو إهماله ولا بحدوث المضاعفات الطبيعية للإصابة كالنزيف وتلوث الجرح[1] . وقد كان ينظر إلى خطأ المجنى عليه فى القانون الانجليزى قبل صدور قانون Contributory Negligence Act عام ١٩٤٥ باعتباره سببا لنفى مسئولية المعتدى ، ففى قضية Butterfield v. Forrester التى ترجع إلى عام ١٨٠٩ وضع المدعى عليه قضيبا فى الطريق فاصطدم به المدعى وأصيب ببعض الأضرار ، ومع ذلك لم تنص له المحكمة بتعويض ، بناء على أن الضرر ينسب إلى خطئه هو وليس إلى خطأ المدعى عليه . وفى قضية Davis v. Mann التى ترجع إلى عام ١٨٤٢ ترك المدعى حماره مقيدا فى الطريق فصدمه المدعى عليه ومات الحمار من هذه الصدمة فقضت المحكمة بمسئولية المدعى عليه عن موت هذا الحمار .

٢٤٩ – ومن تطبيقات مفهوم المالكية للسببية بحسب المجرى العادى للأمور أنهم يوجبون الضمان على من فتح قفص طائر فضاع ، بناء على أن فتح القفص هو السبب المألوف لضياع الطائر . ويخالف فى ذلك الأحناف فى الراجح من مذهبهم ، بحكم أن الضياع بعلة طيران الطائر ، وهو مضاف إلى فعله لا إلى فعل الفاتح . وخالف فى ذلك الشافعية فأوجبوا الضمان إذا طار الطائر من فوره أو إذا أهاجه الفاتح على الطيران ، لأنه يضاف عند ذلك لفعل الفاتح ، بخلاف ما إذا تلبث الطائر بعد الفتح فإن طيرانه يضاف إلى فعله ، لا إلى فعل الفاتح

---

(١) السببية فى القانون الجنائى للدكتور رؤوف عبيد : ص ٣٨٩ وما بعدها .

فلا يسأل عنه[1] . ومن جنسه تقطيع الوثيقة بالدين إذا جحده المدين ولم يمكن إثباته بوسيلة أخرى ، لأن من المحتمل أن يضيع الدين بتمزيق وثيقته فيضمنه الذى مزقها عند المالكية ، والراجح عند الأحناف فيما لو حرق رجل صك رجل أو دفتر حسابه أنه يضمن قيمة الصك والدفتر مكتوبين[2] . ومن ذلك الإتلاف بسبب غير مادى كالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان فإنه يضمنه المتكلم . ويكفى الترك لإيجاب الضمان فى المذهب المالكى شريطة أن يكون الفعل المتروك واجبا . فمن مر على حبالة فيها صيد ، ويقدر على تخليصه وحوزه لصاحبه ، لكنه تركه حتى مات فإنه يضمن ، وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها . وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها ، لأن القاعدة الفقهية أن من ترك واجبا فى الصون ضمن[3] .

٢٥٠ – ويسأل المرء فى المذهب المالكى عن النتائج المحتملة لفعله فى مجارى العادات وإن تدخل شخص آخر بفعله؛ فالهارب الخائف إذا وطىء أو صدم شيئا فى اندفاعه أثناء طلبه الهرب فلا ضمان عليه والضمان على الذى أخافه[4] . ويضمن الغسال والقصار والكواء إذا أخطأوا فى إعطاء ثوب أحد إلى غيره[5] . وكذلك لو أخفى مدينا عن دائنيه ، وهو يعلم بما عليه ، ثم أطلقه أو ساعده فى الهرب من الدائنين . وإنما يضمن مع أن الدين مسئولية المدين ، لأنه تسبب فى ضياع الدين بفعله[6] . ومن جنسه أنه لو ركب شخصان دابة ، وأصابت أحدا ، فإن الضمان على الراكب فى الأمام ، لأنه هو الذى يتولى القيادة فينسب الضرر إلى فعله ، ولا يتحمل الذى فى الخلف شيئا ما لم يتسبب

---

(١) الفروق للقرافى : ٢٠٧/٢ ، والتبصرة بهامش فتح العلى المالك : ٣٤٩/٢ ، ومذهب الشافعية فى المهذب : ٣٧٤/١ ، ومذهب الحنابلة فى المبدع : ١٩٠/٥ وما بعدها .

(٢) مجمع الضمانات : ١٤٦ .

(٣) الفروق : ٢٠٧/٢ .

(٤) تبصرة الحكام : ٣٥٥/٢ .

(٥) السابق : ٣٤٤/٢ .

(٦) السابق : ٣٤٩/٢ .

فى الضرر ، بضرب الدابة أو وكزها أو غير ذلك[١] . وما أصابه الفلو التابع للدابة الأم فى سيره مضمون على سائقها أو قائدها أو راكبها فى رواية فى المذهب المالكى ، لنسبة ذلك إلى فعله[٢] . وكذلك لو أعطى صبيا دابة ليتسابق بها فتلف الصبى أو جرح فضمان ذلك على الذى أعطاه الدابة[٣] . ويلتحق به الحكم بالضمان على من اتخذ كلبا فى داره لمنع الناس من الدخول إليها أو فى غنمه لمنع الناس من أخذها إذا أصاب الكلب أحدا[٤] ، لنسبة فعل الكلب إلى صاحبه .

والسببية بهذا علاقة مادية موضوعية قد لا يمكن الكشف عنها إلا بالرجوع إلى رأى أهل الخبرة ، كما فى حكم المالكية بمنع استحداث بئر لأحد الأشخاص فى ملكه إن أضر ذلك ببئر قديمة فيما يراه أهل الخبرة[٥] .

والخلاصة أن المفهوم المالكى للسببية على النحو الذى حرره الشاطبى مفهوم واقعى يلتقى مع نظرية السبب المنتج وتطوراتها فى التفكير القانونى .

المباشر والتسبب :

٢٥١ — المباشر والتسبب : ويفرق المالكية هم الآخرون بين المباشرة والتسبب . وهم يعبرون عن المباشرة أحيانا بالسبب ، إذ يعرفه القرافى بأنه (ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط) ، على حين يعرف التسبب فى السياق نفسه بأنه (ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة ، كحفر البئر فى محل عدوانا ، فيتردى فيه بهيمة أو غيرها)[٦] .

ويعمل المالكية مبدأ تقديم المباشرة على التسبب فى إطار مفهوم السببية القائم على النظر إلى مجارى العادات . ولذا تتضاءل أهمية التفريق بين هذين القسمين من

---

(١) السابق : ٣٥٣/٢ .
(٢) السابق : ٣٥٤/٢ .
(٣) السابق : ٣٥١/٢ .
(٤) السابق : ٣٤٧/٢ .
(٥) التبصرة : ٣٦٣/٢ .
(٦) الفروق : ٢٧/٤ .

الناحية العملية فى الحكم بالمسئولية ، لأن المعيار هو النظر إلى العلاقة بين الضرر وبين الفعل أو السلوك الإنسانى بناء على عرف الناس وفهمهم العام الذى يقابل ما أطلق عليه داياس وزميله Common Sense ، وهو ما يعد المعيار للحكم بالسببية فى القانون الإنجليزى .

وتبعا لذلك فإن المكره على الإتلاف هو الذى يجب عليه الضمان فى المذهب المالكى ، كما أن الذى يفتح الباب ضامن ما يأخذه اللص[1] ، لأن ضياع المال يضاف فى العرف إلى فعله . ويجب القصاص على المكره والمكره عند المالكية ، لإضافة القتل إلى فعلهما ، ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب . المباشرة لقوة التسبب . والقصاص على المتسبب فى تقديم السم لإنسان فيأكله جاهلا به مع أنه مباشر لقتل نفسه وواضع السم متسبب . وكذلك الحال فى (شهود الزور أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضياع المال على إنسان ثم يعترفون بالكذب أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم ، ولا ينقض الحكم . ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر والشاهد متسبب ؛ فإن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه ، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار فى الولايات واشتد امتناعهم ، فيفسد حال الناس بعدم الحكام فكان الشاهد بالضمان أولى ، لأنه متسبب للحاكم فى الإلزام والتنفيذ . وكما قيل : الحاكم أسير الشاهد)[2] .

٢٥٢ – مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة : يقترب مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة من مفهومه عند المالكية ، فعلى الرغم من تفريقهم كذلك بين المباشرة والتسبب ، وتعريفهم المباشرة بأنها (إيجاد علة الهلاك) والتسبب بأنه (إيجاد علة المباشرة)[3] ، فهذا التفريق إنما يعمل عندهم أيضا فى إطار مفهوم السببية القائم على النظر

---

(١) Tort law P. 36 .

(٢) الفروق : ٢٧/٤ .

(٣) السابق : ٢٠٨/٢ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٦٢ .

إلى مجارى العادات . وتدل أحكام الفروع فى هذين المذهبين على أن المعيار فى إسناد السببية هو المألوف المعتاد فى نظر الناس .

وتفريعا على ذلك فقد نص الشافعية على عدم ضمان الحاكم أو القاضى إذا أرسل رسولا إلى امرأة لاستدعائها إلى مجلس الحكم ، فماتت فزعا من هذا الاستدعاء ، (لأن مثله لا يفضى إلى الموت)[1] عادة . وكذا لو دل أحد رسول الحاكم عليها ، وقد جاء يسألها عن أخيها أو مكان إقامته ، متبعا الواجب من (التلطف فى طلبها) وإخبارها ، فإذا أجهضت مع ذلك (اتجه عدم الضمان ، حيث لم يوجد من واحد منهما نحو إفزاع . ولو زاد الرسول فى طلبه كذبا مهددا وحصل الإجهاض بزيادته فقد تعلق الضمان به ، كما لو لم يطلبها السلطان .. وينبغى أن يكون مثل ذلك إخبارها بموت ولدها أو زوجها)[2] فى وجوب التلطف فى هذا الإخبار ، وإلا ضمن ، ولو ماتت بالإجهاض وإلقاء الجنين ضمن ديتها ، (لأن الإلقاء قد يحصل منه موت الأم)[3] .

٢٥٣ – ولا تنقطع علاقة السببية فى المذهب الشافعى بتدخل عوامل خارجية بين الفعل والنتيجة ، متى كان الفعل من شأنه أن يؤدى إلى هذه النتيجة غالبا أو احتمالا ؛ فلو سير الربان سفينته فى ريح شديدة ، أو دون أن يكمل عدته من الرجال والآلات ، كأن كانت دفتها غير سليمة أو ما إلى ذلك فإن هذا الربان يضمن ما تسبب فيه من ضرر[4] . ولا تنقطع السببية كذلك بإهمال المجروح فى علاج جرحه ، ويجب القصاص إذا كان الجرح مهلكا بذاته وإلا لم يجب القصاص ، وتجب الدية[5] ، ولو أكره شخصا على قتل فالقصاص على المكرِه ، لأن الإتلاف يضاف إلى فعله وهو الإكراه ، وكذلك يجب القصاص على المكرَه

---

(١) حاشية الجمل : ٨١/٥ .

(٢) السابق .

(٣) السابق .

(٤) حاشية الشرقاوى على تحفه الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لأبى يحيى زكريا الأنصارى ت : ٩٢٥ هـ ، بتصوير دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت : ٣٧٨/٢ .

(٥) مغنى المحتاج للشربينى : ٧/٤ .

فى الراجح فى المذهب ، لأنه قتل عمدا عدوانا لاستبقاء نفسه ، فأشبه ما لو قتل المضطر شخصا ليأكله ، فإن عليه القصاص أيضا[1] . ومن جنسه أن من تبع بسيف هاربا منه فانخسف به سقف فى هربه أو وقع فى ماء أو حفرة أو غير ذلك فالضمان على المتسبب فى الضرر[2] . وكذلك لو حفر فى ملكه حفرة وأذن لغيره بالدخول فسقط فعلى الحافر الضمان ، لأنه غرَّ ، ولم يقصد المضرور إهلاك نفسه فإحالته على السبب الظاهر أولى فى الراجح فى المذهب[3] .

ولو تعددت الأسباب فإن الضرر يضاف إلى أقواها فى إيقاعه من حيث المبدأ . والأغلب أن يضاف ذلك إلى السبب الأول فى التلف أو فى إحداث الضرر لا فى الوجود والزمان . توضيحه أنه لو حفر حفرة ووضع آخر حجرا عدوانا فعثر بهذا الحجر ووقع العاثر بالبئر فعلى واضع الحجر الضمان ، لأن التعثر هو الذى ألجأ إلى الوقوع فى البئر ، وهو يعد بهذا السببَ الأولَ للهلاك ، كما يعد الحفر سببه الثانى . أما لو كان الحفر هو الأقوى فى التسبب ، كما لو حفر شخص بئرا ووضع فيه آخر حجرا أو سكينا فتردى فيه شخص فإن الحافر هو الضامن ، لأن الحفر أقوى السببين باعتباره الملجىء للوقوع على الحجر أو السكين[4] .

٢٥٤ — ويتفق الحنابلة مع الشافعية فى التفريق بين المباشرة والتسبب[5] وفى إجراء السببية على أساس ما هو معتاد ومألوف بين الناس فى الإسناد والنسبة . يدل على ذلك تعريفهم للقتل العمد بأنه الضرب بما يفضى غالبا إلى الموت ، مع الأخذ فى الاعتبار بظروف الجانى والمجنى عليه ونوع الآلة[6] . فلو أسقاه سما أو خلطه بطعام فأكله من لا يعلم به ومات كان متعمدا ويجب عليه القصاص . ولا يشترط الحنابلة استقلال السبب بالنتيجة وعدم تدخل أى عامل

---

(١) السابق : ٩/٤ .

(٢) السابق : ٨٢/٤ .

(٣) السابق : ٨٣/٤ .

(٤) السابق : ٨٨/٤ .

(٥) القواعد لابن رجب : ٢٠٧ .

(٦) الإنصاف للمرداوى : ٩/ ٤٣٦ ، ٤٣٧ .

آخر فى إحداثها ؛ فهم يتفقون مع الشافعي فى أن من صاح بصبى أو معتوه ، وهما فى مكان مرتفع فسقطا منه على نحو أضر بهما ، فإن الصائح يضمن الضرر وينسب إلى فعله . وكذلك لو اغتفل الصائح عاقلا فصاح به وسقط من صياحه أو أصابه ضرر أن الصائح يضمن ما تسبب فيه[1] ويقتل المكره والمكرَه قصاصا فى المذهب[2] . وكذلك لو طلب إنسانا بسيف مجرد فهرب منه فوقع فى شيء تلف به بصيرا كان أو ضريرا وجب على الذى طلبه ضمان الضرر[3] . ويضمن الإنسان بذلك جميع النتائج المحتملة لفعله . ولهذا يضمن الآخذ للصغير ديته إذا أخذه فنهشته عقرب أو أصابته صاعقة أو مات بمرض[4] . وإن اشترك عدد من الناس فى ارتكاب فعل أدى إلى الاضرار بأحد فالضمان عليهم ، كما لو رمى ثلاثة بمنجنيق أو مدفع فأصابت القذيفة أحدا فالضمان عليهم بالتساوى ، وعلى عاقلة كان منهم ثلث الدية[5] . وإن قتل أحدهم بهذا الفعل كان من الإهمال المشترك ، ويلغى فعل نفسه ، وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية فيما رجحه عدد كبير من علماء المذهب الحنبلى[9] .

٢٥٥ – ولو تعددت الأسباب التى ينسب الضرر إليها فإن المسئولية ترجع إلى أقوى هذه الأسباب فى إحداث الضرر . ويتفق الحنابلة مع الشافعية فى تضمين واضع الحجر فيما لو حفر أحد بئرا ووضع آخر حجرا ، فعثر به إنسان فوقع فى البئر ، بحكم أن التعثر فى الحجر هو الذى بدأ سلسلة الأسباب التى أدت إلى الضرر[7] (٦) وكذلك لو كان أحد الفعلين المتسببين فى الضرر من قبيل العدوان والآخر مأذونا فيه فإن الضمان يقع على المتعدى . من ذلك أنه إذا حفر بئرا فى ملك نفسه أو فى ملك غيره بإذنه ، أو وضع حجرا أو نصب شركا ،

---

(١) الإنصاف ٤٤٦/٩ ، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ١٧٥/٧ ، والشرح الكبير لابن قدامة مع المغنى : ٤٨٧/٩ .

(٢) الإنصاف : ٤٥٣/٩ ؛ وحاشية الروض المربع لابن قاسم : ١٨٢/٧ ، والمغنى مع الشرح : ٣٣٠/٩ .

(٣) الإنصاف : ٣٢/١٠ .

(٤) الإنصاف : ٣٣/١٠ .

(٥) الإنصاف : ٣٩/١٠ .

(٦) الإنصاف : ٤٠/١٠ .

(٧) الإنصاف : ٣٤/١٠ .

ودخل آخر إلى الملك بدون إذن فما أصابه من ذلك هدر ، لنسبة تضرره إلى عدوانه هو ، وفعل المرء فى نفسه هدر لا يوجب ضمانا[1] . ومن ذلك أنه لو ترك الساكن فى الدار درجة مكسورة من الدرج الداخلى لهذه الدار ، ودخل إليها أحد دون إذن ، فأصيب أثناء صعوده على الدرجة المكسورة لم يجب الضمان لإسناد الضرر إلى تعديه .

ويوجب تطبيق مبدأ نسبة الضرر إلى السبب الأقوى عند تعدد الأسباب أن يحكم بالضمان على صاحب السبب الأقرب إلى حدوث الضرر زمانا . فلو (كان زق فيه مائع ، وهو واقف ، فحل وكاءه إنسان وأماله الآخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما)[2] . ويشبهه مالو (قدم إنسانا إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذى قدمه ، لأن الرامى كالحافر ، والذى قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته)[3] . والنظر بذلك إنما هو إلى السبب الأقوى فى حدوث الضرر .

٢٥٦ — والترك كالفعل فى إيجاب الضمان عند الحنابلة إذا انتسب الضرر إليه . ولذلك فإن من اضطر إلى طعام أو شراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه فى تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ، لأنه امتنع عن أداء ما وجب عليه ، فالمضطر باضطراره صار أحق بالمال (ممن هو فى يده ، وله أخذه قهرا ، فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه ، كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك)[4] . وقد خرج عليه بعض الحنابلة أن (كل من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك أنه يجب عليه ضمانه قياسا على ما إذا طلب الطعام فمنعه إياه مع غناه عنه حتى هلك)[5] . وخالف فى هذا الإلحاق بعض الحنابلة . ويحمل ابن اللحام الخلاف فى ذلك على الخلاف،

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة : ٤٨٨/٩ .
(٢) السابق : ٤٨٨/٩ .
(٣) السابق : ٤٨٦/٩ .
(٤) السابق : ٥٠٢/٩ .
(٥) السابق : والإنصاف للمرداوى : ٥٠/١٠ وما بعدها .

فى وجوب الفعل محل الترك ، ناسبا هذا التفسير إلى غيره ، ممن وقف (على كلامه ، وخص الحكم بالإنسان)[1] . ولكن ابن اللحام يرجح تعدية هذا التفسير (إلى كل مضمون إذا أمكنه تخليصه) ، وهى مسألة المرور على الصيد فى الأحبولة فى الفقه المالكى والحنبلى . وقد ذكر بعضهم أنه إذا (اضطرت بهيمة الأجنبى إلى طعامه ولا ضرر يلحقه ببذله حتى ماتت فإنه يضمنها)[2] . وقد استند واضعوا مشروع المعاملات المدنية المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية إلى كل من المذهب المالكى والحنبلى فى إلحاق الترك بالفعل فى إيجاب الضمان إذا كان الفعل المتروك واجبا ويمكن أداؤه دون ضرر يلحق التارك . ولهذا لو مر الطبيب على مصاب فى حادثة وكان يمكن للطبيب أن يؤدى واجبه فى إسعاف هذا المصاب ، وتعين ذلك على هذا الطبيب ، وتركه حتى مات فإن الطبيب يضمن . وكذلك لو رأى سباح شخصا يغرق وكان بوسعه إنجاؤه دون ضرر يلحق به ، فتركه حتى مات فإنه يضمنه .

٢٥٧ - ويتضح فى الفقه الحنبلى كذلك مبدأ وجوب الضمان بالصدمة العصبية . وقد قرر الحنابلة أيضا هذا المبدأ فى مسألة من أسقطت بطلب سلطان أو تهديده ، سواء كان طلبها لحق لله أو لآدمى ، وسواء ماتت من الفزع عند الوضع أو من غير وضع أو ذهب عقلها من ذلك فإن السلطان يضمنها ويضمن جنينها . وقد روى فى ذلك أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث إلى امرأة مغنية كان رجل يدخل عليها ، فكانت تقول وهى فى طريقها إليه : يا ويلها مالها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضر بها الطلق فألقت ولدا ، فصاح الصبى صيحتين ، ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى ﷺ ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على ، فأقبل عليه عمر ، فقال ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فأخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك . إن ديته عليك ، لأنك أفزعتها

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية : ص ٦٣ .

(٢) السابق : ٦٣ .

فألقته ، فقال : عمر أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قدمك[٢] . ولو ماتت المرأة فزعا وجبت ديتها . وخالف الشافعى فى ضمان المرأة إذا ماتت فزعا ، لأنه ذلك ليس بسبب لهلاكها فى العادة ، ويوافق فى ضمان الجنين إذا ألقته فزعة ، لأن الإزعاج سبب لإلقاء الجنين فى مجارى العادات .

ويرد ابن قدامة مذهب الشافعى فى ذلك بما يوضح مذهب الحنابلة فى النظر إلى السببية ، فيذكر أنه لا يشترط للضمان أن يكون الفعل سببا لحدوث الضرر فى العادة ، وإنما يكفى أن يلائم السبب النتيجة ، ولا فرق لذلك فى إيجاب الضمان بين أن يفزع امرأة فتموت أو يضربها فتموت ، إذ لا يعتبر (فى الضمان كونه سببا معتادا ، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سببا للهلاك فى العادة ، ومتى أفضت إليه وجب الضمان)[٢] .

٢٥٨ - **النظريات القانونية فى السببية** : أظهر التفكير القانونى عددا من النظريات فى تقدير مفهوم السببية ، أهمها :

١ - نظرية السببية المباشرة . وتقضى هذه النظرية بألا يسأل المعتدى إلا عن النتائج التى حدثت بفعله هو ، دون تدخل عوامل أخرى تقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة . وتفريعا على ذلك تنتفى مسئولية السائق الذى ترك أبوب سيارته مفتوحه فى الطريق ، فأخذها شخص وقادها بسرعة ، وصدم بها شخصا نتيجة لذلك . وكذلك فإن من جرح شخصا ، ثم سرى الجرح بتلوثه إلى الوفاة ، لا يعد مسئولا إلا عن الجرح . وكذلك لو أصاب شخص (آخر بجرح فأجرى له الطبيب جراحة ، توفى المريض على أثرها نتيجه امتصاص الجسم عصارة غذائية ، فإن الجانى لا يسأل عن الوفاة ، لأنها حدثت بفعل المجنى عليه نفسه . وهذا الاتجاه أنسب للتطبيق فى الجنايات ، لا فى الضمانات التى لا يشترط فيها كون فعل الجانى سببا معتادا للنتيجة أو الضرر[٣] .

٢ - نظرية تعادل الأسباب : يرى أصحاب هذه النظرية أن النتيجة تنشأ

---

(١) كشاف القناع : ١٦/٦ ، والشرح الكبير لابن قدامة مع المغنى : ٥٠٤/٩

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٠٥/٩ .

(٣) السببية فى القانون الجنائى للدكتور رءوف عبيد : ص ١٣ .

من تضافر عدد من العوامل المتساوية فى القوة والتأثير فى إيجاد هذه النتيجة . يكشف عن هذا التساوى أن غياب أحد هذه العوامل يؤدى إلى غياب النتيجة . وترجع هذه النظرية إلى ستيوارت مل Stuart Mill الذى عرف السبب بأنه مجموع القوى والعوامل التى أثرت فى إحداث الظاهرة . وكان يرى أن السببية هى العلاقة الضرورية بين السبب والنتيجة . ولا تبعد تحليلات فون بيرى Von Buri للسببية عن ذلك . وتدل آراؤه التى نشرها فى الفترة ما بين ١٨٦٠ – ١٨٨٥ على مذهبه القاضى بأن كل ظاهرة تنشأ من اجتماع مجموعة من العوامل المتعددة فى آن واحد أو على التعاقب ، وأن غياب أى منها يؤدى إلى غياب النتيجة . وإنما تبدأ هذه النظرية من النشاط الإنسانى ، باعتبار أن الهدف منها هو إلقاء المسئولية على شخص أو آخر ، فالأشخاص هم الذين تناط بهم المسئولية دون غيرهم من الحيوانات والجمادات وسائر العوامل الطبيعية ، وباعتبار أن هذا النشاط الإنسانى هو العامل الذى يؤدى إلى تتابع العوامل الأخرى وتواليها فى الوجود على نحو يؤدى إلى إحداث النتيجة النهائية . ويبرر ذلك مسئولية المعتدى عن النتيجة وإن توسطت بينها وبين هذا النشاط عوامل أخرى طبيعية أو إنسانية ، سواء كان تدخل هذه العوامل معتادا أو شاذا نادرا . ولذلك لو أحدث شخص إصابة بآخر ، نقل على إثرها إلى المستشفى ، فشب بالمستشفى حريق أدى إلى وفاة المصاب فإن المعتدى يسأل عن الوفاة لا عن الإصابة وحدها . ولو انقلبت به سيارة الإسعاف فى الطريق أو اصطدمت بسيارة أو احترقت فى حادثة ، مما أدى إلى وفاة المصاب فإن المعتدى يكون مسئولا عن وفاته . لكن لو اعتكف المصاب بعد الإصابة فى بيته أو خرج للنزهة ومات فى حريق أو حادثة فإن الجانى لا يكون مسئولا عن ذلك ، وإنما يسأل عن الإصابة وحدها[1] .

٣ – نظرية السبب المنتج : سبقت الإشارة إلى ظهور هذه النظرية فى التفكير القانونى الألمانى على يد كل من فون بار وفون كريس وأن تعريف

---

(١) السابق ص ١٩ وما بعدها ، وعلاقة السببية فى القانون المدنى للدكتور عبد الرشيد مأمون ص ٩ وما بعدها .

السبب فى هذه النظرية هو الفعل الإنسانى الذى يؤدى إلى النتيجة نفسها فى أية ظروف مماثلة . وتقترب هذه النظرية من مفهوم السبب (العادى أو العرفى) الذى عبر عنه الشافعية أوضح تعبير . ولذلك فإن من ضرب طفلا أو مريضا بعصا تؤدى إلى وفاته فى العادة كان مسئولا عن قتله عمدا . وكذلك من يقدم سما لشخص أو يضربه بسكين ، حيث يؤدى ذلك فى العادة إلى الوفاة بمعاونه العوامل الطبيعية المختلفة . ويجب الاقتصار فى العوامل الطبيعية التى تحدد تأثير الفعل الإنسانى والنتائج المترتبة عليه بتلك العوامل التى كانت معروفة للفاعل أو التى كان عليه أن يعرفها وقت ممارسته لفعله . أما العوامل التى تدخلت فى مجرى السبب فى اللحظة التالية على القيام بافعل فيجب ألا تدخل فى الاعتبار . من ذلك أن من يشعل نارا فى حقله فتهب الرياح وتنقلها إلى أرض الجار ، أو يقود السفينة فى وقت مناسب لذلك ، ثم تهب الرياح وتغرقها ، فإنه لا يكون مسئولا فى كل ذلك ، لأنه مما لا يمكن توقيه ولا الاحتراز منه[1] .

٤ – أما نظرية السبب الملائم أو المناسب التى حظيت بقبول عام فى التفكير القانونى المعاصر فليست إلا تحويرا لنظرية السبب المنتج . وتقضى نظرية السبب الملائم بأن الجانى أو المتعدى مسئول عن النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله وإن لم تتكرر النتيجة نفسها عقب هذا الفعل فى الظروف المماثلة . ولذلك فإنه إذا ضرب شخصا سوطا أو سوطين فمات عقب ذلك عد مسئولا عن القتل ، وإن لم يكن مثل هذا الضرب سببا للموت عادة . والعبرة تبعا لهذه النظرية بكون النتيجة ممكنه ومحتملة للفعل دون تدخل عامل شاذ فى مجرى العادة يقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة . من ذلك أن يحترق المستشفى الذى انتقل إليه المصاب أو تتحطم سيارة الإسعاف التى تنقله فى حادثة ، فإن الجانى لا يكون مسئولا إلا عن الإصابة لا عن الوفاة ، وإذا كان تقدير إمكان النتيجة واحتمال

---

(١) علاقة السببية فى القانون المدنى للدكتور عبد الرشيد مأمون ص ٣٢ وما بعدها ، والسببية فى القانون الجنائى للدكتور رءوف عبيد ص ١٧ وما بعدها ، والأحكام العامة فى القانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٤٦٣ طبعة سنة ١٩٦٣ م .

وقوعها أمرا تحكميا فقد حاول البعض إقامة إسناد السببية على معيار موضوعى ذى جانبين ، أولهما : إيجابى يتمثل فى اشتراط إثارة النشاط الإنسانى للعوامل الطبيعية على نحو أدى إلى الضرر ، والثانى : سلبى يتمثل فى عدم إمكان إسناد هذا الضرر إلى عامل آخر غير هذا النشاط . ويقترب ذلك من مفهوم السبب فى المذهب المالكى والحنبلى .

٢٥٩ – السبب القريب Proximate والبعيد Remote فى القانون الانجليزى : نهج التفكير القانونى الإنجليزى نهجا خاصا فى بحث علاقة السببية على الرغم من تأثر هذا التفكير بغيره فى النظر إلى هذه العلاقة . ويتألف هذا النهج من المعانى التالية : .

– يشترك الكاتبون فى هذا المفهوم فى تقدير صعوبته والتعبير عن غموض دلالته على الرغم من أهميته فى إلقاء المسئولية ورسم حدودها ، فالمعتدى إنما يجب عليه تعويض المتضرر بتعبير سالموند Salmond ليس بصفته جهة تأمين عن الأضرار التى تلحقه ، وإنما بصفته مسئولا عن أعماله ونتائجها المتولدة منها[١] .

– يفترق المفهوم الفلسفى أو المنطقى للسببية عن مفهومها القانونى الذى يعتمد على الإحساس العام Common sense والنظر إلى التوالى والتعاقب بين الفعل والنتيجة واقترانهما فى الزمان بهدف تعيين العامل أو النشاط الذى أدى إلى حدوث الضرر ، والذى لم يكن هذا الضرر واقعا بدونه .

– لم تتهيأ قواعد قانونية جامدة للكشف عن علاقة السببية فى المواقف العملية المتنوعة ، وهناك بدلا من ذلك معايير معاونة للربط بين النتيجة وبين عامل من العوامل لتيسير إقامة المسئولية وضبطها فى مواقف جزئية عديدة .

– من أهم هذه المعايير معيار (بدون But for) الذى يتعلق باستبعاد العوامل التى لا دخل لها فى إيقاع الضرر والتأكد من ذلك بالتساؤل عن إمكان وقوع الضرر بدونها . توضحه قضية Barnett v. Chelsea and Kensington

---

(١) Salmond on Juris prudence, 21eh edition P. 361.

Hospital Management Committee التى حكم فيها عام ١٩٦٩ ، حيث تقدم أحد المرضى إلى المستشفى ، وعرض نفسه على أحد الأطباء فيه فأحاله على طبيبه المعالج ولم يقم بالكشف عليه ولا باتخاذ ما يلزم لتشخيص حالته . وقد مات هذا المريض بعد خمس ساعات من عرضه نفسه على هذا الطبيب ، وأثبت الفحص الطبى بعد ذلك أنه كان يعانى من تسمم كان سيودى بحياته ، سواء اهتم الطبيب بحالته أو أهمل فيها ، لأن تحديد سبب معاناته لم يكن ليتم قبل انقضاء هذه الساعات الخمس . والسؤال الذى يوضح إعمال هذا المعيار هو : هل كان هذا المريض سيموت بدون وقوع إهمال هذا الطبيب ؟ ولأن الإجابة بنعم فقد حكمت المحكمة بعدم تسبب الطبيب فى الوفاة وبعدم مسئوليته نتيجة لذلك[1] .

ومن جنسه قضية JEB Fasters ltd. V. Marks, Bloom & Go . التى حكم فيها عام ١٩٨٣ . وفى هذه القضية وقعت مغالاة من جانب المدعى عليهم فى تقدير قيمة مخزون شركة معروضة للبيع ، وقدموا تقريرهم عن ذلك إلى المدعين الذين كانوا قد عقدوا العزم على شراء هذه الشركة . لكن هذه الصفقة قد ألحقت بهم خسائر ماليه بالغه وقد استندت المحكمة إلى هذا المعيار فى حكمها بعدم التعويض بناء على هذه الخسائر كانت ستقع بدون خطأ المدعى عليهم ، لتصميم المدعين على شراء الشركة . ولا يعمل هذا المعيار لنفى المسئولية واستبعاد بعض العوامل ، وإنما يعمل أحيانا بصفة إيجابية لإلقاء المسئولية على صاحب نشاط معين ، ما كان يقع الضرر بدون تدخله[2] . من ذلك أنه فى قضية Rouse v. Squires (١٩٧٣) أغلق سائق إحدى الشاحنات الطريق بسوء قيادته وإهماله ، وفى هذه الأثناء أراد راكب إحدى الدراجات البخارية الذى كان يقود بسرعة فائقة التوقف لتفادى الاصطدام بالشاحنة فانزلقت الدراجة إلى أحد جانبى الطريق وقتلت شخصا كان واقفا آنذاك ، فحكمت المحكمة على قائدى الشاحنة والدراجة بتحمل التعويض ، لأن الضرر ما كان يقع بدون نشاط أى منهما وفعله[3] .

— يجب إهمال هذا المعيار إذا تعارض إعماله مع مقتضيات الإدراك العام

---

(١) Hepple and Mathews on Tort P. 245 .

(٢) Dias P. 69 .

(٣) السابق .

Common Sense ، وذلك فى حالتين ، أولاهما أن يفضى تطبيقه على نحو آلى إلى نفى المسئولية عن الفعل ، كما لو أشعل اثنان النار فى مخزن ، فإن النتيجة ، وهى الاحتراق ، كانت واقعة بدون تدخل الأول ، كما أنها كانت ستقع بدون تدخل الثانى ، ويعنى ذلك نفى المسئولية عن كل منهما ، فيجب إهمال تطبيق هذا المعيار . والأخرى أن يتعذر الاستناد إليه فى الواقع العملى ، كما فى قضية Oliver v. Mills (١٩٢٦) : ففى هذه القضية اشترك لاعبان فى إطلاق النار من بندقتين متماثلتين ، فأصاب مقذوف نارى واحد عين أحد الأشخاص ودخلت فيها . وإذ لا يمكن استبعاد فعل أحد هذين اللاعبين فقد أضيفت المسئولية إليهما معا[1] .

– ومن المعايير التى يستند إليها فى اكتشاف علاقة السببية معيار توقع Forseeability تدخل عامل من العوامل الطبيعية أو البشرية بين الفعل والنتيجة . وليس هذا المعيار إلا تطبيقا لمبدأ مجاوزة المعتاد Unreassbleness ، فإنه إذا كان هذا التدخل محتملا ولم يتخذ الشخص التدابير اللازمة لمنعه كان سلوكه مخالفا للمألوف المعتاد ويضمن لذلك . ولهذا فقد حكم بضمان المدعى عليه فى قضية Stansbie v. Troman لمجرد تركه الباب الخارجى مفتوحا بعد التنبيه عليه بإحكام إغلاقه على الرغم من أن اللص هو الذى أخذ المال متعمدا .

– تنقطع رابطة السببية بين الفعل البشرى والضرر بتدخل فعل فاعل مختار أو عامل من العوامل الشاذة التى لا يمكن توقع حدوثها عقب هذا الفعل ، كالزلازل والبراكين . أما العوامل القائمة وقت الفعل أو قبله فلا تقطع رابطة السببية ، كما فى قضية RePolemis (١٩٢١) . وموضوع هذه القضية أن عاملين على ظهر سفينة ألقيا بشىء من الإهمال قطعة حديد فى مكان معبأ بأبخرة بترولية ، وهما لا يعلمان شيئا عن وجود هذه الأبخرة ، وقد اشتعلت هذه الأبخرة من الشرارة الناشئة عن اصطدام قطعة الحديد بالأرض ، مما أدى إلى احتراق السفينة . ومع أن وجود هذه الأبخرة أمر نادر فإنه لا يقطع رابطة السببية لوجوده

(١) السابق : ص ٧٠ ، والحكم فى الفقه الإسلامى هو ذلك بتطبيق قاعدة لا يطل دم فى الإسلام ، طبقا لرأى الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان فى حديث له معى فى مسألة مشابهة ، ولأن إضافة الضمان إلى فعل أى منهما ليس بأولى من الآخر فيشتركان فى تحمله .

قبل الفعل زمانا . وهو لا يقطع التسبب لهذا[1] . وهذا هو أساس المبدأ القاضى بوجوب أخذ المصاب على علاته عند إصابته Tortfeasor takes his victim as he finds him ، سواء كان مريضا أو ضعيفا أو عنده حساسية من بعض الأدوية كالبنسلين ، بحيث إذا أعطاه الطبيب هذا الدواء دون تبصر ومات فإنه يعد مسئولا عن ذلك . ويدل الحكم الصادر فى قضيته Wagon Mound على أن الاتجاه فى القانون الانجليزى قد تغير عن ذلك قليلا ، وأصبح تدخل العوامل الشاذة أو النادرة الوقوع بين الفعل والضرر قطعا لعلاقة السببية ونفيا لمسئولية الفاعل ، سواء كان هذا التدخل قبل الفعل أو بعده[2] .

– وفى هذا الإطار فإن السبب القريب Proximate Cause هو الذى ينسب إليه الضرر دون تدخل بينهما ، أو إلى نتيجة من نتائجه المتولدّة منه والتى يمكن للمرء العاقل أن يتوقعها[3] . ويشمل السبب القريب فى هذا الاصطلاح كلا من المباشرة والتسبب فى الاصطلاح الفقهى . وبهذا فإن وصف السبب بالقريب لا تعلق له بمعنى الزمان أو ترتيب وجوده ، وإنما يستحق هذا الوصف بالنظر إلى معنى التأثير فى النتيجة[4] . ويختلف الفهم الذى قدمه الدكتور عبد الرشيد مأمون للسببية فى القانون الانجليزى عن ذلك ، إذ يتصور أن السبب القريب الذى تناط به المسئولية فى هذا القانون هو السبب الأخير من الناحية الزمنية ، لأن (هذا الخطأ الذى حدث فى اللحظة السابقة على وقوع الضرر هو الذى جعل هذا الضرر أمرا محققا ، فقبل وقوع هذا الخطأ كان من الممكن تجنب الضرر . ومن أجل تضييع هذه الإمكانية تكون مساءلة المضرور)[5] .

– أما السبب البعيد Remote Cause فهو ذلك العامل الذى انقطعت رابطة السببية بينه وبين الضرر لعدم تأثير هذا العامل فى حدوثه . وإنما يوصف

---

(١) Remedies of English law, by Lawson, 2nd ed. P. 80-83 and Salmond on Jurisprudence P. 365.

(٢) Remedies of English Law P. 84-86.

(٣) Ahsam Suhail Anjum, The Pakistan Penal Code, Lahore 1982, P. 227.

(٤) Words and Phrases Legally Defined: 4/215.

(٥) علاقة السببية فى المسئولية المدنية : ص ٢٣ .

الضرر بالبعد Remoteness إذا لم يكن فى الوسع توقع Forseeability هذا الضرر . ولعل فى قضية Redex v. Collins ما يوضح أثر عدم التوقع فى اعتبار الفعل غير مؤثر فى إحداث الضرر . ففى هذه القضية ترك المدعى عليه (Collins) سيارته فى موقف السيارات محكما إغلاقها ، ناسيا المفتاح فى فتحة تشغيلها . لكن أحد الصبية رأى المفاتيح فأغراه ذلك بكسر الزجاج الجانبى لدخول السيارة . وما إن حرك المفتاح قليلا حتى قفزت السيارة وصدمت أخرى كانت أمامها . فرفع صاحبها الأمر إلى القضاء مطالبا صاحب السيارة التى صدمته بالتعويض . لكن الحكم جاء بإلقاء المسئولية عى عاتق الصبى نفسه شريطة إدراكه وكونه ذا مال ، وإلا فإن المسئولية ترجع إلى وألد الصبى . وإنما حكم بنفى مسئولية صاحب السيارة الذى ترك مفاتيحها لانقطاع العلاقة بين فعله وبين حدوث الضرر ، حيث إنه لا يستطاع توقعه . وفى قضية Manchester Corporation v. Markland انفجر أنبوب من خطوط المياه التابعة لشركة مانشستر ، وظلت المياه تتسرب منه إلى الشارع ثلاثة أيام ، حتى تجمعت بركة صغيرة من المياة تجمدت من أثر البرد فى اليوم الثالث . وفى هذا اليوم انزلقت سيارة وانحرفت بصاحبها تجاه أحد المارين فصدمته صدمة أدت إلى وفاته . ولما رفعت أرملةالفقيد الأمر إلى القضاء ضد كل من سائق السيارة وشركة مانشستر جاء حكم المحكمة بإلقاء المسئولية على الشركة ، لأن من المتوقع أن يؤدى الإهمال فى ملاحظة خطوط المياه إلى حدوث مثل هذا الضرر .

٢٦٠ — المقارنة : تجنب الفقهاء المسلمون الفهوم الفلسفى والكلامى للسببية فى بحثهم لمفهومها الفقهى الذى يهدف إلى إقامة المبدأ الشرعى القاضى بمسئولية كل امرىء عن فعله وعما تولد عنه من نتائج . وقد وفقوا لهذا على وجه العموم فى صياغة مفهوم السببية صياغة منطقية عملية . ولعل صياغة المالكية لهذا المفهوم قريبة من عناصر نظرية السبب المنتج فى التفكير القانونى ، كما يقترب تصور الحنابلة لهذا المفهوم من التصور الذى أخذ به أصحاب نظرية السبب الملائم أو المناسب . ويفرق الزنجانى من الشافعية بين الأسباب القريبة والبعيدة ناسبا الحكم إلى السبب القريب دون البعيد عند اجتماعهما . وعبارته فى ذلك : (والقول الجامع من هذا الجنس أنه مهما اجتمع فى محل الحكم وصفان ظاهران متعاقبان

يصلح كل منهما لإضافة الحكم إليه على تقدير الانفراد فإن الحكم أبدا يضاف إلى الوصف القريب دون البعيد ، فإن الوصف القريب حينئذ يكون هو علة الحكم والوصف البعيد هو علة العلة ، والحكم يضاف إلى العلة دون علة العلة . ومثاله : حفر البئر مع التردية والتلقى بالسيف مع الرمى من شاهق والقطع مع الحزّ ونصب حجر فى محل عدوان مع حفر البئر إذا تعثر بالحجر فوقع فى البئر . وهذه جملة لانزاع فيها . وإنما يقع النزاع فى تحقيق الواسطة المستقلة وعدمها فى المسائل ، إما فى مناسبتها أو فى ظهورها وصلاحيتها لإضافة الحكم إليها)[1] . .

وتجب الإشارة إلى هذا التشابه بين التفكيرين الفقهى والقانونى ، بل وفى اللغة التى عبر بها الفريقان عن هذا المفهوم . ومن الواضح أنهما يلتقيان فى وجوب سبر العوامل التى يحتمل أداؤها إلى النتيجة لإضافة هذه النتيجة إلى النشاط الإنسانى دون غيره من العوامل الطبيعية ، (كمن رمى إلى إنسان فقتله فإن القتل يحال على السبب الأول وهو الرمى ، ولا يحال على الوسائط من خروج السهم وقطع الهواء لأن هذه الوسائط غير صالحة فلا يضاف الحكم إليها)[2] . وإذا تعدد النشاط الإنسانى الذى يحتمل أداؤه إلى النتيجة فإن الحكم يضاف إلى أكثرها مناسبة ووضوحا فى الإسناد من جهة العرف . والاتفاق كذلك فى الاعتراف باختلال الإسناد وانقطاع النسبة بين الفعل والضرر بتدخل عوامل شاذة الحدوث أو عوامل لا يستطاع توقعها .

٢٦١ – ما لا يمكن الاحتراز عنه : القاعدة الفقهية أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه ، فالملاح إذا هبت عليه عاصفة هوجاء أغرقت سفينته بما عليها من ركاب وأمتعة لم يضمن شيئا ، لانتفاء تسببه فى هذا الضرر . وكذلك الطبيب إذا اتخذ ما يلزم من التحوط والتبصر ومات المريض لم يضمن شيئا لعدم قيام رابطة السببية بين الفعل والضرر . ومحل ذلك فى التسبب . أما فى المباشرة القتل والإصابة البدنية فإن مسئولية الفاعل مطلقة وإن لم يمكنه التحرز . من ذلك أن الصياد إذا أخطأ فى رميه فأصاب إنسانا وجب عليه الضمان . ولا تفرق بعض

---

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجانى : ص ٣٥٣ .

(٢) السابق . .

الأحكام القضائية الانجليزية هذا التفريق ، وتأخذ بانتقاء المسئولية عما لا يمكن توقيه ولا التحرز عنه Inevitable accident ، ففي قضية Stanley v. Powell (١٨٩٩) اجتمع عدة أشخاص للتدريب على الرماية ، لكن الرصاصة التى أطلقها المدعى عليه قد اتجهت إلى جذع شجرة وارتدت منه لتدخل فى عين المدعى . وقد حكمت المحكمة بأن المدعى عليه اتبع الواجب عليه فى التحوط والتبصر وأنه ليس مهملا لهذا .

٢٦٢ — الإهمال المشترك : يعرف الإهمال المشترك Contri butory negligence بأنه تقصير المدعى فى حفظ نفسه على نحو أسهم فى الإضرار به . لذلك قضت المحكمة عام ١٩٧٢ فى قضية O' Conell v. Jackson بإنقاص تعويض المدعى الذى أصيب فى حادثة صدام أثناء ركوبه دراجته البخارية بنسبة ١٥٪ ، وذلك لأنه لم يكن لابسا الخوذة الحديدية ، مما أدى إلى زيادة خطورة إصابته . وفى قضية Froon v. Butcher حكمت محكمة الاستئناف بوجوب انقاص تعويض المصابين فى حوادث السيارات إذا زادت خطورة إصاباتهم نتيجة عدم تثبيتهم الأحزمة الواقية . وقد سبقت الإشارة فى التتبع التاريخى إلى تأخر معرفة القانون الانجليزى بمفهوم الإهمال المشترك حتى هذا القرن ، كما سبقت الإشارة إلى قضاء على بن أبى طالب فى قضية القارصة والقامصة والواقصة بتوزيع الدية أثلاثا على عواقل الفتيات المشتركات فى اللعب واستبعاد نصيب الموقوصة ، لأن فعل المرء فى نفسه هدر . ومن جنس ذلك مسألة الثلاثة المشتركين فى الرمى بالمنجنيق ورجوع الحجر على أحدهم فإن الواجب هو ثلثا دية الذى رجع عليه الحجر وقتله ، لإسناد موته إلى فعل ثلاثتهم فأهدر ما يقابل فعله فى نفسه ، وهو الثلث ، وبقى ما وجب بفعل غيره ، وهو الثلثان . وهو مذهب الشافعى والراجح عند الحنابلة[١] . ويختلف ذلك عما لو اصطدم شخصان فإن كلا منهما تجب ديته كاملة على عاقلة الآخر ، لأنه مات بفعله[٢] . .

---

(١) المغنى مع الشرح الكبير : ٥٥٨/٩ ، والشرح الكبير مع المغنى : ٤٩٤/٩ .
(٢) الشرح الكبير مع المغنى : ٤٩١/٩ .

أما القانون الانجليزى فلم يكن يعترف بمبدأ توزيع الضرر بين المدعى عليه بنسبة مسئوليتهما عنه وتسببهما فى وقوعه إلا فى عام ١٩٤٥ . وكان المعمول به قبل ذلك هو إلقاء المسئولية على طرف واحد منهما . ولذلك قضت المحكمة عام ١٨٠٩ بمسئولية المدعى عما أصابه من ضرر في قضية Butterfield v. Forrester ، لأنه هو الذى اصطدم بالقضيب الذى نصبه المدعى عليه ، بحيث يظل جزء منه فى الطريق العام . وفى قضية Davis v. Mann (١٨٤٢) أوقف المدعى حماره المقيد فى الطريق العام فاصطدم به المدعى عليه وقتله ، فقضت المحكمة بأن المدعى عليه هو المسئول وحده عن موت هذا الحمار[١] .

ويتفرع توزيع الضرر بنسبة الإسهام فى حدوثه عن المبدأ الشرعى العام القاضى بمسئولية كل إنسان عن فعله وعما يتولد عنه من نتائج .

---

(١) Dias P. 74 .

القسم الثانى : موجبات الضمان

وفيه ثلاثة فصول :

الأول : الغصب .

الثانى الإتلاف بالمباشرة أو التسبب (الغرور . الإهمال . السعاية) .

الثالث : التعسف فى استعمال الحقوق .

٢٦٣ – تقديم : تتنوع الأفعال الموجبة للضمان تنوعا يضعب معه حصرها . ويناسب ذلك الاكتفاء برصد المعانى العامة التى تجمع هذه الموجبات وترك التفصيلات إلى التطبيق العملى أسوة بمنهج الدراسات القانونية المتأثرة بالنظام اللاتينى . غير أن نمو مباحث الفقه الإسلامى المتعلقة ببعض هذه الموجبات والحاجة التعليمية إلى تناول تفصيلاتها بالتحليل والدراسة مما يفرض إفراد حيز مناسب لكل فعل أو مجموعة من الأفعال التى توجب الضمان . وفيما يلى أهم هذه الموجبات التى عالجها الفقهاء

١ – الغصب . ويقابل فى القانون الانجليزى ; Trespass . Conversion

٢ – مباشرة إتلاف مال الغير أو بدنه أو حق من حقوقه المالية إتلافا جزئيا أو كليا .

٣ – التسبب فى هذا الإتلاف بأى فعل من الأفعال التالية :

(أ) الإهمال والتقصير فى أداء واجباته واتباع المألوف أو فى تعهد ما يجب على المرء أن يتعهده من حفظ من هم تحت ولايته أو رعاية الحيوانات والأشياء التى فى حوزته .

(ب) الغرور والخداع والغش والتدليس .

(جـ) الحيلولة .

(د) الصدمة العصبية .

(هـ) الترك ، بناء على قاعدة من ترك واجبا فى الصون ضمن .

٤ – التعسف فى استعمال الحق .

٢٦٤ – وتشترك هذه الأفعال جميعا فى كونها من التعديات التى لم يأذن بها الشارع ، وإلا لم يجب بها الضمان ، كما إذا استند أى منها إلى سبب شرعى يبيحه ويمنع المسئولية عن مرتكبه . من ذلك قيام حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المال دون تجاوز فى استعمال هذا الحق . ويختلف ذلك عن حالة الضرورة ، حيث يجوز للمضطر الأخذ من مال

الغير ، وإن وجب عليه ضمانه ، لأن القاعدة الفقهية أن الاضطرار لا يبطل حق الغير .

وإنما يجب الضمان بهذه الموجبات إذا وجد الضرر وقامت علاقة المسئولية حسبما اتضح عند بحث أركان الضمان . والأسس التى تميز بين هذه الموجبات هى :

– محل الضرر وطبيعته ، وبهذا يتميز الغصب عن غيره ، فإن التعدى فيه وارد على الحيازة .

– العلاقة بين الضرر والفعل ، وتولد الأول من الآخر على وجه المباشرة Directness أو التسبب Indirectness .

– طبيعة الفعل من حيث الإيجاب أو السلب (الفعل والكف أو الترك) ومن حيث كونه فعلا ماديا أو معنويا كالصدمة العصبية .

– طبيعة الفعل من حيث حكمه الشرعى وكونه غير مأذون فيه بأصله أو بوصفه ومآله (التعسف) .

٢٦٥ – فى القانون : لا تعنى الدراسات القانونية المألوفة فى البلاد العربية بسرد أنواع الأخطاء وتفصيلاتها ، اكتفاء بعرض المعانى العامة التى تجمع بينها مع الإشارة بوجه عام إلى مستويات هذه الأخطاء وأقسامها : ١ – خطأ تافه لا يرتكبه الرجل الحريص . ٢ – خطأ يسير لا يرتكبه الرجل المعتاد . ٣ – خطأ جسيم يؤدى إلى ضرر كان على المخطىء أن يتوقعه Recklessness . ٤ – خطأ لا يغتفر ، وهو المصحوب بالقصد والنية[١] . وأهم ما يرد على هذا الأسلوب أنه لا يفى بالهدف التعليمى ولا يساعد المتعلم على الربط بين أحكام المسئولية التقصيرية وتطبيقاتها العملية .

وقد سلك القانون العرفى Common Law مسلكا يختلف عن المسلك السابق ، ويتناول موجبات ضمان التعدى بشىء من التفصيل ، مقتربا بنهجه هذا

---

(١) انظر فى ذلك : المسئولية المدنية لحسين وعبد الرحيم عامر : ص ١٤٨ وما بعدها ، نشر دار المعارف ، والمسئولية العقدية والتقصيرية لحسن عكوش . : ص ٢٩ وما بعدها ، والوسيط للسنهورى : ٧٩٩/١ .

من المنهج الذى سار عليه الفقهاء المسلمون فى الاهتمام بالفروع والتطبيقات العملية . وأهم هذه الموجبات فى هذا القانون هى :

التعدى على الأشخاص Torts to persons . ويشمل هذا النوع من الضمان التعديات المتعلقة بالبدن والسمعة والعلاقات الأسرية . وقد يتخذ التعدى على البدن إحدى الصور التالية : (أ) التهديد Assault . (ب) الاعتداء على إحدى الجوارح على نحو يؤدى إلى تعطيلها أو النقص فى وظائفها ، وهو ما يطلق عليه Mayhem . (جـ) حبس المرء وتقييد حركته False imprisonment . (د) المساس بالبدن بشىء من العنف Battery . (هـ) التعدى على السمعة والشرف بالألفاظ Slander . (و) التعدى على السمعة بالكلمة المكتوبة أو المسجلة وترويجها أونشرها Libel .

٢ – التعدى على العقارات Torts to land . ويشمل ذلك : (أ) الدخول إلى أرض الغير بغير حق Illegal entry . (ب) البقاء فيها أو شغلها . (جـ) مجاوزة حدود الإذن فى استعمالها مما يؤدى إلى اعتباره متعديا منذ البداية Trespass ab initio . (د) التعدى على حقوق الارتفاق Natural rights and easement . (هـ) طرد صاحب العقار والاستيلاء عليه .

٣ – التعدى على المنقولات Torts to goods . ويشمل هذا التعدى كلا من : (أ) الاستيلاء على منقولات الغير وإتلافها . (ب) مجاوزة إذن المالك فى حيازتها Trespass ab initio . (جـ) حبس منقولات الغير وعدم تسليمها له Detention . (د) غصب هذه المنقولات وحيازتها من اليد المحقة بغير حق Conversion .

٤ – الإهمال ، Negligence : وهو السلوك مسلكا مخالفا لما يوجبه الحرص والعناية بسلامة بدن الغير وأمواله وحقوقه الأخرى .

٥ – الدعوى الكيدية Malicious abuse of legal proeess ، وذلك إذا صدر الحكم فى نزاع بين المتقاضيين لمصلحة أحد أطرافه دون وجود سبب ظاهر يبرر هذا النزاع .

٦ – الكذب الضار Injurious Falsehood الذى يشمل كلا من :

(أ) الغش والغرور Fraud, Deciet . (ب) الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بحقوق الملكية والحيازة Slander of title (جـ) أو فيما يتعلق بالسمعة التجارية Trade libel (د) أو فيما يتعلق بحقوق الطبع والنشر Copy rights (هـ) أو العلامة التجارية Trade mark .

٧ - الإزعاج العام والخاص Public and Private nuisance .

٢٦٦ - ويقوم هذا التقسيم للأفعال الضارة على النظر إلى طبيعتها ونية فاعليها والضرر المترتب عليها وعلاقتها بالضرر الناشيء عنها من حيث المباشرة أو التسبب . ومن جهة أخرى فإن هذا التقسيم يعكس حلقات التطور التى مر بها ضمان التعدى فى القانون العرفى؛ فقد اعترف هذا القانون بالمسئولية فى التعدى المصحوب بشيء من العنف منذ بداية تطوره فى القرن الثالث عشر ، ولم يعترف بالإهمال سببا لقيام هذه المسئولية إلا فى القرن التاسع عشر ، فناسب ذلك إفراد الإهمال عند التناول لتوضيح ظروف نشأته التاريخية . ولعل الالتفات إلى هذه الاعتبارات هو السبب فى كثرة التفصيلات وغموضها أحيانا .

أما الفقهاء المسلمون فقد سلكوا فى تناول هذه الموجبات طريقة لا تخلو من الصعوبة والغموض بسبب تعرضهم لتفصيلاتها فى مناسبات متفرقة وأبواب متباعدة . ويعين على جمع هذه الموجبات فى تصور عام الإشارة إلى حصر القرافى لأسباب الضمان وموجباته فى ثلاثة أمور لا رابع لها . أولها : المباشرة ، والثانى : التسبب ، والثالث : اليد غير المؤتمنة . ولا شك فى وضوح هذا الحصر لأسباب الضمان واستيعابه للتناول الفقهى لجزئيات هذه الأسباب وتفصيلاتها . ويتسم هذا الحصر كذلك بالمرونة التى تيسر جمع الفروع الفقهية المتعلقة بهذه الموجبات مع إخضاعها لنوع من التناول المنطقى المألوف فى الكتابات الحديثة . ويقدم تقسيم القرافى لكل ذلك أساسا جيدا للتقسيم المتبع فى هذه الدراسة . وفى الفصول الأربعة التالية بحث هذه الموجبات على النحو التالى :

١ - الغصب .

٢ - الإتلاف للمال والبدن بالمباشرة والتسبب .

٣ - التعسف .

الفصل الأول : الغصب

المبحث الأول : مفهوم الغصب

٢٦٧ – في اللغة : الغصب مصدر غَصَب الشيء يغصبه ، بكسر الصاد ، بمعنى الإزالة والأخذ على وجه الظلم والقهر . من ذلك قولهم غصب الجلد بمعنى أزال عنه شعره ووبره نتفا وقشرا بلا عطن في دباغ ولا إعمال في ندى . وغصب الشيء بمعنى أخذه ظلما ، كاغتصبه ، وغصب فلانا على الشيء بمعنى قهرة[1]. وغصبها نفسها أي واقعها كرها ، فاستعاروه للجماع[2] . وهو بذلك يشمل العدوان على الحقوق المالية وغيرها . ويتعدى الفعل (غصب) إلى مفعولين بنفسه ، فتقول غصبه ثوبا ، وقد شاع في استعمال مصنفي الفقهاء ، فيما يلاحظ النووي ، تعدية هذا الفعل للمفعول الثاني بمن ، فيقولون على سبيل المثال ، غصب منه ثوبا . ولا بأس به من جهة اللغة ، مثلما هو الحال في بعته فرسا وبعت منه فرسا[3]. والغاصب : اسم الفاعل وجمعه غصاب . وقد ورد المصدر منه في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا ﴾[4] . وكذلك جاءت هذه المادة في السنة بصيغ مختلفة . من ذلك ما جاء في صحيح البخاري باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت فقضى بقيمة الجارية الميتة ثم وجدها صاحبها فهي له ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمنا[5] . وقد وردت كذلك في البخاري على لسان عمر رضي الله عنه في تحذير أولئك الذين (يريدون أن يغصبوا الناس أمورهم)[6] . بمبايعة امرىء على شأن من شئون المسلمين دون

---

(١) القاموس المحيط ، مادة غصب .

(٢) لسان العرب مادة غصب .

(٣) تهذيب الأسماء واللغات مادة غصب وباع .

(٤) الكهف : ٧٩ .

(٥) صحيح البخاري ، كتاب الحيل .

(٦) كتاب الحدود من صحيح البخاري .

مشورة منهم . كما وردت كذلك فى مرافعة الحضرمى أمام النبى ﷺ فى دعوى هذا الحضرمى اغتصاب الكندى وأبيه أرض الحضرمى[1] . ومع ذلك فإن الغالب فى السنة هو الإشارة إلى معناه بألفاظ أخرى ، كأخذ مال الغير ، ومن ظلم شبرا من الأرض ، أو اقتطع ، وغير ذلك مما يشير إلى الغصب بغير لفظه .

٢٦٨ - فى الاصطلاح (تعريف الأحناف) : عرف الفقهاء الغصب تعريفات مختلفة باختلاف مفهوم الغصب عندهم .

فهو فى المذهب الحنفى حسبما جاء فى الهداية : (أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده)[2] . وفى المحيط البرهانى نوع تفصيل لأوجه إزالة يد المالك فى تعريف الغصب بأنه : (أخذ مال متقوم محترم على وجه يزيل يد المالك إن كان فى يده أو يقصر يده إن لم يكن فى يده)[3] . وفى تكملة البحر الرائق أنه : (إزالة اليد بإثبات اليد المبطلة فى مال متقوم محترم قابل للنقل)[4] . وفى البدائع أنه : (إزلة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال)[5] . ويشير الكاسانى مع ذلك إلى رأى محمد فى عدم اشتراط توجه الفعل إلى المال لتحقق الغصب . وعرفه ابن غانم البغدادى بأنه هو (أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل فى العين)[6] وهو أقرب إلى تعريف الكاسانى .

وتتضمن هذه التعريفات للغصب كلا من المعانى التالية : .

- إزالة اليد المحقة ، سواء كانت يد المالك أو يد نائبه ، فلا تضمن زوائد المغصوب ضمان الغصب إلا بالتعدى .

- عدم إذن صاحب اليد المحقة بإزالة يده ، ويفترق الغصب بذلك عن الوديعة والهبة وغيرهما مما فيه الإذن بالأخذ .

---

(١) نيل الأوطار : ٦٥/٦ .
(٢) الهداية : ١١/٣ .
(٣) فتح القدير : ٣٦٢/٧ .
(٤) البحر الرائق : ١٢٣/٨ .
(٥) بدائع الصنائع : ١٤٣/٧ .
(٦) مجمع الضمانات : ١١٧ .

– إثبات اليد المبطلة بنقل المغصوب إليها .
– كون الإزالة والإثبات بفعل فى المال ، لا فى المالك ، خلافا لمحمد .
– كون الإزالة والإثبات على سبيل المجاهرة والمغالبة ، لا على سبيل الاستسرار ، وهو فى هذا يختلف عن السرقة .
– انحصار المغصوب فى الأموال المنقولة المتقومة ، خلافا لمحمد الذى رأى جريان الغصب فى العقار أيضا . ولا يجرى الغصب بذلك فى الحر والميتة وخمر المسلم لأنها ليست من الأموال .

٢٦٩ – المالكية : يفرق المالكية بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها ، ويقصرون مفهوم الغصب على أخذ الأعيان والذوات على حين يدرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدى . وبذا يشمل التعدى عندهم كلا من التعدى على المنافع بفواتها أو تفويتها والإتلاف للأموال أو الأبدان إتلافا جزئيا أو كليا بالمباشرة أو التسبب[1] .

وقد عرف ابن عرفة الغصب لهذا بأنه (أخذ مال غير منفعة قهرا لا لخوف قتال ، فيخرج أخذه غيلة ، إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكه ، وحرابة)[2] . ومعناه إخراج الأخذ للمال فى القتل غيلة من الغصب بكونه لم يؤخذ على سبيل القهر للمالك الذى قتل قبل أخذ المال . وفيه تزيد لانتفاء القهر فى أخذ المال بعد كل قتل . وإنما خرجت الحرابة لأن القهر فى أخذ المال بها ذو طبيعة خاصة ، من جهة تعذر الغوث معه ، فلا يضمن المأخوذ بها ضمان الغصب .

ويعقب الدردير على تعريف الغصب وأنه أخذ مال قهرا بلا حرابة بقوله : (أخذ مال جنس يشمل الغصب وغيره ، وهو من إضافة المصدر لمفعوله ، والفاعل محذوف ، أى أخذ آدمى مالا . والمتبادر من المال الذات ، فخرج به التعدى وهو الاستيلاء على المنفعة فقط كسكنى الدار وركوب دابة من غير استيلاء على ذات الدار والدابة)[3] . وعرفه بعض المالكية بما لا يخرج عن ذلك

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى : ص ٣٣١ .
(٢) الخرشى : ١٢٩/٦ . (٣) الشرح الصغير : ٨٤/٤ وما بعدها ، والدسوقى : ٤٤٢/٣ .

وأنه : (رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهرا)[1] .

ويتضمن تعريف المالكية الإشارة إلى المعانى التالية التى يتفقون فى عدد منها مع الأحناف ، وهى :

- إزالة اليد المحقة ، فلا يدخل فى الغصب إبقاء اليد على ما لم يكن فى يد المالك أو نائبه عند آخذه . ولا يجرى عندهم ضمان الغصب فى زوائد المغصوب .

- إثبات الغاصب يده على المغصوب وأخذه له .

- كون المال عينا لا منفعة ، لأن الأعيان هى المتبادرة من لفظ المال الوارد فى تعريفات الغصب ، وإنما تضمن المنفعة عندهم ضمان التعدى .

- كون الأخذ للمال على سبيل القهر احترازا عن السرقة والاختلاس والخيانة ، مما يكون الأخذ للمال فيه على سبيل الاستسرار لا القهر .

ويختلف المالكية عن الأحناف فى جريان الغصب فى كل من العقارات والمنقولات على السواء .

٢٧٠ - الشافعية : يقترب تعريف الشافعية للغصب من حقيقته اللغوية التى لا يوجد فى الشرع ما يصرفه عنها ؛ إذ يعرفه النووى بأنه (الاستيلاء على حق غيره ، فيدخل فى هذا غصب الكلب والسرجين وجلد الميتة ونحو ذلك من النجاسات التى يجوز اقتناؤها . ويدخل فيه غصب المنافع والأعيان والحقوق والاختصاصات . وأما قول جماعة من أصحابنا إن الغصب هو الاستيلاء على مال الغير فليس بمرضى ، لأنه ليس بحد جامع لما ذكرناه [2] . وقد تناقل شراح المنهاج لذلك تعريف الغصب بأنه (الاستيلاء على حق الغير بغير حق)[3] ، وهو أفضل من قول بعضهم الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، حتى يشمل أخذ مال الغير ،

---

(١) مواهب الجليل لابن الحطاب : ٢٧٤/٥ .

(٢) تهذيب الأسماء واللغات للنووى مادة غضب .

(٣) نهاية المحتاج للرملى : ١٤٢/٥ ، وتحفه المحتاج لابن حجر : ٣/٦ ، ومغنى المحتاج للشربينى ٢٧٥/٢ .

وهو يظنه من ماله ، إلا إذا فهم العدوان مرادفا لغير الحق . والاستيلاء أعم من الأخذ لشموله المنافع كما جاء فى تحفة المحتاج[1] . وينطوى الاستيلاء على معنى القهر والغلبة فيما أشار إليه الشربينى[2] . وإنما المدار فى تحديد مفهوم الاستيلاء على العرف . وقد عرف بعض الشافعية الغصب على نحو أكثر تفصيلا فى إشارتهم إلى أنه عبارة عن (الاستيلاء على حق ولو منفعة ، كإقامة من قعد بمسجدأو سوق أو غير مال ككلب نافع بلا حق)[3] . وفى المجموع أن الماوردى عرف الغصب (بأدق ما رأيت تعريفا ، فقال : الغصب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق . ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف . فإن منع ولم يتصرف كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك . وإن تصرف ولم يمنع كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك . فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا)[4] .

وأهم ما ينفرد به تعريف الشافعية للغصب التوسع فى مفهوم المغصوب ، حتى يشمل عندهم العقارات والمنقولات والمنافع والاختصاصات . وقد نتج عنه التوسع فى مفهوم الفعل الموجب للغصب ، ولم يشترطوا الأخذ ، بما يتضمنه من إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة فيما اتجه إليه الأحناف والمالكية ، بل اعتبر الشافعية تحقق الغصب فى كل مايعده العرف استيلاء على حق من حقوق الغير .

٢٣٩ – تعريفات آخرى : يتفق تعريف الحنابلة للغصب مع تعريف الشافعية ؛ ففى المبدع تعريف الغصب بأنه : (الاستيلاء على حق غيره قهرا ظلما)[5] ، وفى كشاف القناع أنه : (استيلاء غير حربى على حق غيره من مال أو اختصاص قهرا بغير حق)[6] . وفى المادة ١٣٧٥ تعريف الغصب بأنه (استيلاء

---

(١) تحفه [illegible]تاج : ٦/٣ .
(٢) مغنى المحتاج : ٢٧٥/٢
(٣) حاشية الجمل : ٤٦٩/٣ .
(٤) المجموع للنووى : ٢٣٢/١٤ .
(٥) المبدع شرح المقنع : ١٥٠/٥ .
(٦) كشاف القناع : ٧٦/٤ .

غير حربى عرفا على حق غيره قهرا بغير حق) . وفى الإنصاف تعريفه أنه (الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق)[1] . ولا تخرج المعانى المتضمنة فى هذه التعريفات عما أراده الشافعية منها .

ولا يختلف تعريف ابن حزم للغصب عن تعريف الشافعية والحنابلة ، فقد حده بأنه (أخذ الشيء بغير حقه ظلما)[2] . وإلى ذلك اتجه الزيدية أيضا ؛ فقد عرفه الصنعانى بأنه هو (الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدوانا ، فلا تدخل السرقة لأنها اختلاس . ويدخل فى الاستيلاء استعمال عبد الغير وركوب دابته فإنه يضمن . قيل ومنه الجلوس على فراش الغير إذا كان لمثله أجرة . وتدخل فى الحق المنافع ، كمنفعة الكلب والسرجين . ويخرج بالعدوان المغانم وما انتزع من يد الغاصب للحفظ)[3] . ومع ذلك يعرفه ابن المرتضى تعريفا أخص من سابقه ، فيحده بأنه هو (الاستيلاء على مال الغير عدوانا وإن لم ينو المستولى الغصب ، بل أراد اللعب والمزاح . والاستيلاء هو إثبات اليد على الشيء والعدوان لا بإذن الشارع)[4] . ولا يخرج تعريف الشيعة الإمامية عما أخذ به الجمهور ؛ فيحده الخمينى بأنه (الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدوانا)[5] . ويتنوع المغصوب عنده ، فهو : (إما عين مع المنفعة من مالك واحد أو مالكين ، وإما عين بلا منفعة ، وإما منفعة مجردة وإما حق مالى متعلق بعين)[6] . أما الحلى فقد عرفه بأنه : (الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا)[7] .

٢٧٢ — موازنة : يتضح مما سبق أن هناك اتجاهين لدى الفقهاء فى تعريف الغصب . أولهما اتجاه الأحناف والمالكية ، ممن يضيقون فى مفهومه بقيود إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة . ويضيف الأحناف لذلك قيودا أخرى منها أن يكون ذلك بفعل فى المال ، وأن يكون هذا المال عينا منقولة . أما الاتجاه الآخر

---

(١) الإنصاف : ١٢١/٦ .
(٢) المحلى : ١٤٤/٨ .
(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعانى : ٤٠١/٣ .
(٤) البحر الزخار : ١٤٤/٤ .
(٥،٦) تحرير الوسيلة للخمينى : ١٧٢/٢ .
(٧) شرائع الإسلام : ٢٣٥/٣ .

الذى أخذ به جمهور الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية فيتوسع فى مفهوم الغصب ولا يشترطون لتحقق الغصب سوى حدوث واقعة مادية تمثل عدوانا على حق من حقوق الحيازة أو الملكية . ويؤيد اتجاه الجمهور مؤيدات عديدة من بينها :

– اطلاق النصوص التى تحرم الاعتداء على حقوق الحيازة والملكية ، وعدم تقييدها بنوع منها دون غيره .

– اقتراب مفهوم الغصب لدى الجمهور من مفهومه اللغوى الذى لا يوجد فى الأدلة الشرعية ما يصرفه عنها . وتقضى القاعدة الأصولية بوجوب حمل الألفاظ على معانيها الشرعية إذا وجد تحديد شرعى لها ، كألفاظ الصلاة ، والصيام والزكاة ، وإلا حملت على معانيها العرفية أو اللغوية .

– يؤدى تقييد الغصب على النحو الذى أخذ به الأحناف والمالكية إلى استقرار الضرر حيثما وقع ، وإلى عدم محاسبة الغاصب على فعله ، وعدم تكليفه برفع الضرر المأمور به شرعا .

ويتضمن تعريف الجمهور الإشارة إلى أركان الغصب التالية :

١ – واقعة مادية عبروا عنها بالاستيلاء .
٢ – موضوعها عدوان على حق من حقوق الحيازة أو الملكية .
٣ – طبيعة هذا العدوان واختلافه عن كل من السرقة والحرابة .

وفيما يلى توضيح كل من هذه الأركان :

٢٤١ – مفهوم الاستيلاء : الفعل الموجب للغصب عند الأحناف هو أخذ المال على وجه يزيل يد المالك أو يقصرها ، كما اتضح من تعريفاتهم السابقة . ويكاد يقترب مفهوم الغصب بهذا المعنى فيما يلاحظ الأستاذ عبد الجبار شرارة من مفهومه فى القانون الرومانى[1] ، حيث جاء فى مدونة جو ستنيان

---

(١) أحكام الغصب فى الفقه الإسلامى للأستاذ عبد الجبار أحمد شرارة ، نشر مؤسسة الأعلمى للمطبوعات بيروت ومكتبة دار التربية ببغداد ، عام ١٩٧٥ : ص ٣٤ .

أن (الغصب هو انتزاع مال مملوك للغير بالقوة)[1] . وإنما اشترط الأحناف في الفعل الموجب للغصب ذلك بناء على مذهبهم في عدم جريان الغصب في المنافع والعقارات . أما الجمهور الذى يجرى الغصب عندهم فى المنافع والعقارات فلا يشترطون فى الفعل الموجب للغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة ، ويكفى عندهم هذا الإثبات الذى عبروا عنه بالاستيلاء مع التوسع فى مفهومه حتى يشمل أى فعل يعد فى العرف من الاستيلاء على حق الغير بغير حق . يوضحه حكمهم بجريان الغصب فى المسائل التالية : .

– لا يشترط إثبات الغاصب يده على المغصوب ؛ فأخذ المال بغير حق ولو لم يدخل فى حوزة الآخذ من قبيل الغصب ، كما فى المكوس فإنها لا تدخل فى حوزة المكاس[2] .

– لا يشترط انتفاء رضا المغصوب منه صورة ومعنى ، بل يعد غصبا ما يؤخذ دون وجود حقيقة الرضا ، أو سبب شرعى يبيح هذا الأخذ . فما أخذ بسيف الحياء من قبيل الغصب فيما نص عليه الغزالى ، كأن يسأل شخصا فى ملأ فيستحيى ألا يعطيه ، ويضمن السائل ما أخذه ضمان الغصب[3] . وكذلك الرشوة يدفعها الراشى توصلا لما ليس من حقه ، ويضمنها المرتشى بكل حال .

– لا تشترط حرية الآخذ فى الاستيلاء على مال غيره ولا قصده ؛ فمن أخذ مال غيره يظنه ماله ضمنه . ولو أُكْرِه على أخذ مال غيره ضمنه كذلك . ولو اضطر إلى ذلك للحفاظ على حياته ضمن ما أخذه ، بناء على قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير .

– لا تشترط إزالة يد المالك فى الاستيلاء الموجب لضمان الغصب ؛ فمن يجلس على فراش غيره عدّ غاصبا عند الجمهور ، خلافا للأحناف الذين يشترطون هذا الشرط ، فلا يعد مجرد الجلوس موجبا للغصب عندهم، لأن أثر يد المالك وهو الفرش باق ، فلم تزل يده[4] . أما ركوب الدابة وسَوْقها فإنه

(1) مدونة جوستنيان ترجمة عبد العزيز فهمى : ص ٢٥٣ نقلا عن المصدر السابق .
(2) كشاف القناع : ٧٦/٤ .
(3) مغنى المحتاج : ٢٧٥/٢ .
(4) حاشية الجمل : ٤٧٠/٣ ، وشرح فتح القدير : ٣٦٧/٧ .

من الغصب اتفاقا لإزالة يد المالك بسوقها . لكن لو ركبها ولم يَسُقْها ففى ظاهر الرواية أنه يضمن لتحقق إزالة يد المالك بالركوب . ولا يضمن فى رواية فى المذهب الحنفى إلا إذا ساقها لبقاء أثر يد المالك بوقوفها فى محلها . وحكم ظاهر الرواية هو الراجح فى المذهب[1] .

– لا يشترط الجمهور نقل المال فى الاستيلاء الموجب للغصب ، ففى كشاف القناع أنه (لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين فيكفى مجرد الاستيلاء)[2] ، وفى القواعد أن : (اليد المجردة لا يتوقف الضمان بها على النقل ، كما يصير المودَع ضامنا بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة)[3] . ويفرق بعض الشافعية مع ذلك بين كون المال فى يد الغاصب عند إقدامه على الاستيلاء عليه ، فلا يشترط نقل هذا المال ، وبين كونه فى اليد المحقة عند استيلائه عليه ، وهو الذى يشترط فيه النقل . وعبارتهم فى ذلك : (اشتراط نقل المنقول فى الاستيلاء عليه فى منقول ليس بيده ، فإن كان بيده كوديعة فنفس إنكاره غصب لا يتوقف على نقل)[4] ، ويشبه ذلك فى القانون الانجليزى Trespass to goods ab initio الذى سلفت الإشارة إليه قبل قليل .

وإذ لم يشترط إثبات اليد الغاصبة ولا إزالة اليد المحقة ولا نقل المال المغصوب ولا حرية الغاصب أو قصده أو علمه بالغصب فإن الاستيلاء المنشىء للغصب هو الفعل المعتبر فى العرف ذا أثر فى تفويت يد المالك عن ملكه وعدم تمكينه من الانتفاع به شريطة كون هذا الفعل تعديا أى غير مستند لإذن من له الحق فى الإذن . أما الاستيلاء على غير وجه التعدى فلا ينشىء غصبا ، كما لو ألقت الريح ثوبا فى حجر شخص فإنه لا يكون غاصبا له[5] ، وكما لو دخل حيوان الغير

---

(١) جامع الفصولين : ٢/١٢٠ ، وتكملة فتح القدير : ٧/٣٦٣ ، والفتاوى الغياثية ١١٤ والبحر الرائق ٨/١٢٧ .

(٢) كشاف القناع : ٤/٧٧ .

(٣) القواعد لابن رجب : ٢٢١ .

(٤) حاشية الجمل : ٣/٤٧٠ .

(٥) القواعد لابن رجب : ٥٩ .

داره ، وعليه أن يخرجه منها منعا لدخوله فى ضمانه ، لكن لو أمسكه وحبسه كان غاصبا[1] . وليس من التعدى أن يستند الاستيلاء إلى إذن شرعى كاللقطة ، أو إلى إذن عرفى كالمنقذ لمال غيره من التلف . وقد نص الفقهاء على أن من أخذ عبدا آبقا ليرده إلى صاحبه فلا يعد غاصبا بإمساكه . وليس من التعدى كذلك أن يستند أخذ المال والاستيلاء عليه إلى إذن صاحبه صراحة أو دلالة ، كأن يأخذ كتابا أمام صاحبه للنظر فيه ورده إليه دون اعتراض منه . ويضبط ذلك قاعدة أن (القابض لمال غيره لا يخلو إما أن يقبضه بإذنه أو بغير إذنه ، فإن استند إلى إذن شرعى كاللقطة لم يضمن ، وكذا إذا استند إلى إذن عرفى كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه .. وإن خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان فى الجملة)[2] .

ولا تشترط مباشرة الاستيلاء لتحقق الغصب ، وإنما يكفى التسبب . وقد نص الفقهاء على أن من أخذ أم النحل فتبعها أو الحيوان فتبعه فلوه عد غاصبا للجميع . والمدار فى الاستيلاء المثبت للغصب على العرف . وتفريعا على ذلك فإن مجرد استخدام ملك الغير واستعماله يوجب ضمانه كقبضه لو هلك أثناء هذا الاستخدام ؛ ففى جامع الفصولين : (استعمال قن الغيركقبضه ؛ فيضمن لو هلك من ذلك العمل) . وفيه أيضا : (من حمل كوز ماء لينقله إلى بيت مولاه بإذنه فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض فهلك فى الطريق ، قال صاحب المحيط مرة يضمن نصف قيمته ، ثم مرة ثانية قال يضمن كل قيمته ، إذ فعله نسخ فعل المولى فصار غاصبا كل القن)[3]. ويتفق الشافعية مع الأحناف فى ذلك ؛ ففى حاشية الجمل[4] أنه لو بعث عبد غيره فى حاجة له بغير إذن سيده ضمنه ، خلافا لرواية ضعيفة عن البغوى حكم فيها بأنه لا يضمنه . والشرط فى الاستخدام الموجب للغصب أن يكون لمصلحة الغاصب ومنفعته . أما لو كان لمصلحة المغصوب أو لمنفعة مالكه فلا يتحقق الغصب ؛ ففى جامع الفصولين أنه

---

(١) السابق .
(٢) السابق : ٥٦ .
(٣) جامع الفصولين : ٢/١١٠ ، وانظر فتح القدير : ٧/٣٦٣ ، والبحر الرائق : ٨/١٢٤ .
(٤) ٣/٤٧٠ .

لو قال لعبد الغير : ارق هذه الشجرة فأت منها بفاكهة تأكلها أنت لم يعد مستوليا عليه ، ولا يضمنه ، حيث إنه لم يستخدمه فى مصلحة نفسه . ولو قال لنأكله – أنا وأنت – ينبغى أن يضمن قيمته كله (إذ استعمل كله فى منفعته)[1] .

٢٧٤ – ويختلف الاستيلاء على الأعيان المنقولة عن الاستيلاء على العقارات والمنافع أو الحقوق مما ينضبط بالعرف الذى يفرق بين ما يعد استيلاء وما لا يعد كذلك . والفرق بين الاستيلاء فى المنقول وبين الاستيلاء فى العقار عند من يقول بجريان الغصب فيه ، وهم الجمهور ، أن يد المستولى فى المنقول حسية لا يشترط فيها القصد أو القدرة على إثبات اليد بخلافه فى العقار فإن يد المستولى عليه حكمية فاشترط فيها القصد والقدرة على إثبات اليد . ويتضح ذلك بالنظر فى المسائل التالية :

– دخل دارا ليس بها صاحبها وكان غائبا عنها (فالدخول غصب بكل حال لتحقق الاستيلاء به)[2] إذا قصد الغصب . لكن لو لم يقصده ، كأن دخلها لينظر إليها أو ليشتريها أو ليتخذ مثلها فإنه لا يكون غاصبا[3] ، وإن كان الفعل ، وهو الدخول دون إذن ، محرما .

– لو منع صاحب الدار من الدخول إليها أو أخرجه منها فهو غاصب لها ، وإن لم يدخلها وادعى عدم قصده الاستيلاء عليها ، لأنه استولى عليها بالفعل ، ولا تصح دعواه لأن الظاهر يكذبه[4] .

– دخل دارا فيها مالكها ولم يزعجه وكان قادرا على المغالبة وقصد الاستيلاء عليها عدَّ غاصبا لنصفها إن كان المالك واحدا . فإن تعدد الغصاب والملاك كان النصيب المغصوب بحساب عدد الرؤوس[5] .

– لو دخل دار غيره ومالكها فيها ولم يقصد الاستيلاء عليها أو كان ضعيفا لا يتمكن من قهر المالك والتغلب عليه لم يُعَدَّ غاصبا[6] .

---

(١) ١١١/٢ .
(٢) القواعد لابن رجب : ٢٢٣ .
(٣) حاشية الجمل : ٤٧٠/٣ .
(٤) السابق .
(٥،٦) السابق .

من هذه الفروع يتضح أن الاستيلاء فى العقار يتحقق بالسكنى والإقامة ووضع اليد ومنع المالك من الانتفاع بملكه شريطة قصد الاستيلاء أو حصوله بالفعل مع القدرة على إثبات اليد إن لم يكن المالك غائبا عن عقاره .

٢٧٥ - أما فى المنافع فيفرق بين تفويتها باستيفاء الغاصب لها وبين فواتها أو إهدارها وتعطيلها . ومن التفويت سكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض أو إجارتها وكراء الدابة أو إعارتها . أما الفوات فكإغلاق الدار وحبس الدابة ومنع الشخص من الذهاب لعمله . ولا خلاف فى أن تفويت المنافع نوع من الاستيلاء عليها . والخلاف بينهم فى الفوات منشؤه التردد فى تحقق الاستيلاء على ما فات من المنافع ، فقد ترجح لدى بعض من ذهبوا إلى ضمان المنافع بالفوات أن تعطيلها نوع من الاستيلاء عليها يوجب ضمان الغصب ، على حين أوجب البعض الآخر ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان غصب لتعذر الاستيلاء على المنافع المعطلة .

٢٧٦ - التعدى فى الاستيلاء : يوجب الاستيلاء على حق الغير بغير حق ضمان الغصب ، فكأن الاستيلاء غير المستند إلى إذن شرعى أو عرفى يعد من التعدى أو الخطأ الموجب للضمان مطلقا ، سواء صدر المستولى فى ذلك عن سوء نية ، وكان يعرف وقت استيلائه على حق غيره أنه لا حق له فيه ، أم صدر فى ذلك عن حسن نية . والتعدى بذلك هو السلوك مسلكا مخالفا للإذن الشرعى وإن لم يتعمده فاعله . وقد خشى بعض الفقهاء أن يؤدى فهم التعدى فيما هو المتبادر منه ، وهو الاستيلاء المصحوب بسوء النية ، إلى استبعاد أحوال الاستيلاء على أموال الغير بحسن نية وإخراجها من ضمان الغصب ، مما يؤدى إلى ضياع حقوق الناس ، فاقترح إحلال كلمة بدون حق محل كلمة التعدى فى وصف الاستيلاء الذى يوجب الغصب . ويجب أن تختفى هذه المخاوف إذا حددنا مفهوم التعدى فى غير مجال الجنايات بأنه يماثل مفهوم تعبير (بدون حق) . ويشمل هذا المصطلح بذلك كلا من التعدى الموجب للإثم والتعدى الذى لا يوجبه تبعا لنية المتعدى . ويعد متعديا بهذا الإطلاق من يأخذ مال غيره على ظن أنه ماله هو ، وكذا من حاز حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق معتقدا أن حيازته هذه لا تنطوى على أى اعتداء على حقوق

الغير ، كأن يعتقد أنه هو المالك ، أو أنه حاز هذا الحق برضا صاحبه . ومن جنسه أن يشترى أحد عينا من شخص معتقدا أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ثم ظهر أنه غاصب لها فإنه يضمن ضمان الغاصب لتعديه باستيلائه على مال غيره بدون اذنه ، ولا إثم عليه . ويشبهه أن يرث هذه العين أو أن توهب له أو يُوصَى له بها دون علمه بأنها مستحقة لغيره ، وهذه صورة عاصب الغاصب فى الفقه الإسلامى أما إذا كان سيىء النية فى حيازتها بأن يشتريها ممن غصبها أو يرثها أو توهب له عالما بحقيقة مالكها فإنه يضمنها ضمان الغاصب مع استحقاق الإثم كذلك . ولا يفترق التعدى المصحوب بالنية السيئة عن التعدى غير المصحوب بذلك فى استحقاق الإثم فقط بل يفترقان كذلك فى درجة المسئولية . ويطلق الفقهاء على الغاصب الذى دخل المال فى حيازته بحسن نية عنوان (ذى الشبهة) . وسيأتى الفرق بينه وبين غيره فى درجة المسئولية فى مناسبته من هذا البحث[1] .

وبهذا فإن استيلاء الصغير والمجنون مميزين أو غير مميزين على مال الغير من التعدى ، بمعنى مخالفة فعلهما لما أوجبه الشارع من الحفاظ على حقوق الغير . وكذا فإن من أخذ مال غيره يظنه ماله فإنه يكون متعديا بهذا النظر ، وإن لم يأثم لجهله وسلامة نيته إلا إذا قصر فى النظر المأمور به شرعا . وقد أشارت إلى هذا المادة ٩٦٥ من القانون المدنى المصرى ، حيث جاء فى فقرتها الأولى : (يعد حَسَنَ النية من يحوز الحق ، وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم) . والواقع أن معيار التعدى فى الاستيلاء الموجب للضمان معيار مادى موضوعى يقتصر على النظر إلى الفعل نفسه وما ترتب عليه من نتائج دونما التفات إلى شخص الفاعل أو نيته ، بخلاف التعدى فى الاستيلاء الموجب للضمان والإثم معا الذى يتسع للنظر إلى كل من الفعل والفاعل على السواء .

٢٧٧ – محل العدوان وطبيعته : يفترق التعدى فى الغصب عنه فى السرقة

---

(١) انظر التمييز بينهما فى المسئولية وغيرها من الوجهة القانونية فى الوسيط للسنهورى : ٨٦٣/٩ .

والحرابة من حيث اشتراط أخذ المال على سبيل الاستسرار والخفية فى السرقة وعلى وجه يتعذر معه الغوث والمعونة فى الحرابة بالاعتماد على التخفى عن سلطة الإمام أو الحاكم . وتشبه الحرابة السرقة فى التخفى والاستسرار بهذا المعنى . ولذا أطلق عليها الفقهاء (السرقة الكبرى) . أما الغاصب فإنه لا يتخفى ولا يتعمد أخذ المال فى ظروف تعذر غوث المعتدى عليه ونجدته وإنما يأخذ المال على سبيل المجاهرة .

ويترتب على هذا الفرق فرق آخر بينهما فى محل العدوان ، فإن الاستيلاء فى الغصب يرد على التنقولات والعقارات والمنافع والاختصاصات فى رأى الجمهور ، على حين تختص السرقة والحرابة بأعيان الأموال المنقولة . وبهذا فإن الاستيلاء على منفعة التيار الكهربائى من قبيل الغصب لا السرقة خلافا للتخريج الذى ذكره بعض المحدثين ، لأن الغاصب يستولى على منفعة لا على عين .

ومن حيث الجزاء فإن العقوبة فى السرقة والحرابة بالحد والتعزير حق الله تعالى لعموم خطرهما وعظم تأثيرهما بخلاف الغصب الذى يغلب فيه حق العبد وإن تضمن العدوان على حقوق الله عز وجل أحيانا . ويدل هذا على أن الخطورة فى الغصب أقل منها فى السرقة والحرابة رغم الاشتراك فى كونها جميعا جرائم مالية ، لغلبة ضياع المال المأخوذ على وجه الاستسرار والتخفى عن قوة المجتمع وسلطته ، فضلا عما يتضمنه أخذ المال على هذا الوجه من جرائم أخرى واقعة بالفعل أو محتملة الوقوع ؛ فإن انتهاك الحرز وترويع الآمنين فى دورهم أو فى الطرق والاطلاع على عوراتهم مما يصاحب السرقة والحرابة هى جرائم فى حد ذاتها ، كما أن احتمال وقوع القتل أو الجرح أو أوجه الإيذاء الأخرى لتأمين هروب السارق والمحارب أو فى ظروف أخذهما المال من الجرائم المحتملة والوقوع[1] ، ولذلك بالغ الشارع فى العقوبة على جريمتى السرقة والحرابة وأوجب فيهما الحد تناسبا مع خطورتهما على الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأمة بخلاف مسلكه

---

(١) يرجع الفضل فى إثبات بعض هذه الفروق للمناقشة التى دارت أكثر من مرة حول هذه المسألة مع الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان حول جريمة السرقة .

فى الغصب المعتبر أساسا من الأخطاء المدنية وإن أوجب فيه العقوبة إذا اقترن بالعدوان على حقوق الله عز وجل .

٢٧٨ – وإنما يجرى الاستيلاء الموجب للغصب فى الأموال والحقوق المالية الخاصة بالغير . ويتجه العدوان فى هذا الاستيلاء على حقوق الحيازة Possession والملكية Ownership . والحيازة فى الاصطلاح القانونى : (وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل به أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق)[1] . وعبارة الدردير فى تعريفها : (الحيازة هى وضع اليد على الشىء والاستيلاء عليه . والتصرف يكون بواحد من أمور : سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة)[2]. وتتألف الحيازة فيما يفيده هذا التعريف من عنصرين :

أولهما مادى . وهو إثبات اليد والاستيلاء على الشىء المحوز .

والآخر معنوى . وهو قصد التملك الذى يكشف عنه التصرف فى الشىء المحوز تصرف الملاك ، كالسكنى والإسكان والهدم والبناء وغير ذلك مما ورد فى التعريف .

---

(١) الوسيط للسنهورى : ٧٨٤/٩ .

(٢) الدسوقى : ٢٣٣/٤ وانظر المرجع نفسه : ١٩٥/٤ حيث أشار إلى موضوع الحيازة كذلك ، والمرجع نفسه ٤٥٨/٣ ، ٤٥٩ وانظر فى تبصرة الحكام (الباب السادس والستون فى القضاء بشهادة الحيازة على الملك) بهامش فتح العلى المالك : ٩٢/٢ ، ١٠٤ ، وانظر تعريفها كذلك فى الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : ٥٢٤/٦ ، وانظر الموازنة بين القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية فى مفهوم الحيازة فى المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله على حسين طبعة عيسى البابى الحلبى ١٩٤٧ : ٤١/٢ وما بعدها ، وانظر الملكية ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى لأبى زهرة : ص ١٦٠ . وأهم البحوث التى اطلعت عليها فى هذا هو البحث الاستطلاعى الموجز الذى قام به الدكتور محمد عبد الجواد محمد بعنوان : الحيازة والتقادم فى الفقه الإسلامى . وقد أشار فيه إلى تعريف فقهاء المالكية للحيازة فى : ص ٥٤ من بحثه هذا ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨ ، وانظر تعريفها فى المادة : ٩١٨ من مشروع القانون المدنى المصرى طبقا لأحكام الشريعة ، والمادة : ١١٧١ مدنى أردنى . والبدائع : ٢٥٦/٦ ، وفتح القدير : ٢٤/٦ ، ٢٥ والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم : ص ٨٨ حيث يشيد بمذهب أهل المدينة فى الدعاوى .

واليد بهذا أعم من الحيازة ، بحكم أن إثبات اليد هو المظهر المادى للحيازة التى لا تتحقق به وحده . ومع ذلك فقد أطلق الأحناف عبارة (ذى اليد) فى معنى مرادف لمعنى الحائز ، وقد نصت المادة ١٦٧٩ من العدلية لذلك على تعريف ذى اليد بأنه : هو الذى وضع يده على عين بالفعل أو الذى ثبت تصرفه تصرف الملاك) وقد أثبت صاحب مرشد الحيران أحكام وضع اليد فى المواد من ١٥١ إلى ١٦١ . واليد بهذا المعنى هو اصطلاح الحنابلة[1] والشيعة الإمامية[2] عنوانا على الحيازة . ويتفق القانون الانجليزى مع الفقه الإسلامى الذى يعد أقرب النظم القانونية الحديثة شبها بهذا الفقه من حيث سلطة القاضى وعدم الاهتمام بوضع النظريات العامة التى اشتهر بها القانون الرومانى والنظم اللاتينية المتفرعة عنه ، وذلك فى إسناد ملكية الأرض إلى الدولة وإقامة العلاقة بين الأرض وصاحبها على الحيازة لا على الملكية واعتبار الحيازة سندا أو دليلا على الملكية[3] .

أما الملكية فتعرف فى الفقه الإسلامى بأنها القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع ، كما يعرف الملك بأنه الاختصاص الحاجز ، أو هو تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة .

ولا شك فى أن حماية حقوق الحيازة والملكية من المقاصد الرئيسية فى أى نظام قانونى ، حيث تمثل أهداف حماية الحياة والحرية والملكية الأهداف التى يسعى القانون إلى حمايتها . ولا تنحصر حقوق الملكية فى مكنةالتصرف فى الأعيان المملوكة ، وإنما تشمل مع ذلك الحق فى اكتساب هذه الأعيان وحيازتها واستعمالها والتصرف فيها وحجز الغير عن التعدى عليها . والحفاظ على حقوق الملكية ذو أثر بعيد فى تحقيق حرية الفرد . ولا فرق فى النهاية بين وضع القيود على سلطتى فى التصرف فى الملك أو فى اكتسابه أو فى الاحتفاظ به واستعماله ؛ فمن شأن مثل هذه القيود أن تدمر حريتى . وفى بداية هذا القرن اختلط مفهوم

---

(١) انظر المادة : ٢٢٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٢) القواعد الفقهية للجنورى : ١٠٦/١ ، ٤٧/٤ .

(٣) الحيازة والتقادم فى الفقه الإسلامى ص ٥٠ .

الملكية الخاصة بمفهوم الحرية فى التفكير القانونى الأمريكى ، وأصبح الموضوع الرئيسى فى القانون لذلك هو حماية حقوق الملكية الخاصة . وقد اختلف الوضع فى منتصف هذا القرن واحتلت الملكية وحمايتها مكانا تاليا للمكانة التى تبوأتها الحرية فى هذا التفكير ، مما جعل ظهور نظرية التعسف فى الحق Abuse of right أمرا ممكنا . ومع ذلك فما تزال النظرة السائدة فى هذا التفكير هى وجوب حماية حقوق الملكية باعتبارها شرطا لتحقيق كل من الحرية الفردية والمصلحة الاجتماعية . والإحساس العام أن الحفاظ على حق الفرد فى التملك هو الحافز الفطرى الذى يدفعه للعمل لمصلحة المجتمع .

٢٧٩ – الحكم الشرعى للغصب : على الرغم من إدراك أهمية الحوافز المعنوية فى توجيه الإنسان للعمل لمصلحة مجتمعه فإن الشريعة قد عملت على حماية حقوق الملكية والحيازة بتحديد أسبابهما وفرض العقوبة على التعرض لصاحب الحق فيهما وإيجاب الضمان على الضرر المتعلق بهما . وفى هذا الإطار وردت النصوص الشرعية بتحريم التعدى على أموال الغير .

من ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾[(١)] وقوله عز وجل : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[(٢)] . وقد استدل المفسرون والعلماء بهاتين الآيتين على تحريم الغصب ، ومعناهما لا يأكل بعضكم أموال بعض بالغصب والظلم وسائر الوجوه التى لا تحل كالربا والقمار والاحتكار والغش والتدليس وغير ذلك[(٣)] .

ومما يدل على تحريمه فى السنة قوله ﷺ : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًّا ولا لاعبا ، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه » . وقد روى أنس قوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه » .

---

(١) البقرة : ١٨٨ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) انظر تفسير المنار لمحمد رشيد رضا : ٤٠/٥ ، والكشاف للزمخشرى : ٢٣٣/١ ، وتفسير الطبرى : ١٣٣/٢ ، والبحر المحيط : ٥٥/٢ .

وفى هذا الباب ورد كذلك قوله ﷺ : « من اقتطع شبرا من الأرض بغير حقه طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين » ، ومعنى طوقه أن يكلف بجعله كالطوق فى عنقه جزاء له على ما فعل ولا يستطيع ذلك فيعذب به . ويقضى المبدأ الذى أرساه النبى ﷺ فى خطبة الوداع بحرمة دم المسلم وماله وعرضه[1] . أما ما يوجبه الغصب فقد أجمله الحديث الجامع المشهور بين جميع الطوائف الإسلامية والذى رواه العامة والخاصة[2] ، وهو قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤديه . وفى رأى البجنورى أن البحث عن سند هذا الحديث وأنه صحيح أو ضعيف لا وجه له ، (لأنه بعد هذا الاشتهار بين الفقهاء وقبولهم له والعمل به فيكون موثوق الصدور الذي هو موضوع الحجية ، بل لا يبعد أن يكون من مقطوع الصدور)[3] . ومعناه أن حيازة مال الغير والاستيلاء عليه بغير إذن من له الحق فى الإذن بحيازته سبب لإيجاب الضمان من جهة خطاب الوضع ، ويترتب عليه من جهة التكليف وجوب رد المحوز إلى صاحب الحق فى حيازته .

ولا خلاف بين الفقهاء على الحكم بحرمة الغصب وإيجابه الضمان برد عين المغصوب أو مثله أو قيمته . وإجماع الفقهاء كذلك على أن الغصب سبب للإثم والعقوبة فى الآخرة إذا صدر من مكلف تعمد فعله ، ويرجى ألا يكون آثما إذا فعله على سبيل الخطأ ، لأن الخطأ موضوع عن الأمة ، كما أنه لا يعاقب به عند عدم التعمد فى الدنيا ، لانتفاء الركن المعنوى للجريمة وهو النية . أما إيجاب الضمان بالغصب فلا فرق بين المخطىء والعامد والعاقل والمجنون والصغير والكبير لأن وجوب الضمان من الأحكام الوضعية التى لا يشترط فيها ما يشترط فى الأحكام التكليفية من الأهلية للخطاب .

وبهذا فإن للغصب حكمين :

---

(١) راجع هذه الأحاديث وتخريجها فى نيل الأوطار : ٦٢/٦ ، وسبل السلام : ٧٣/٣ ، والدراية فى تخريج أحاديث الهداية لابن حجر : ٢٠١/١ ، وسنن البيهقى : ٦/ .

(٢) القواعد الفقهية للبجنورى : ٤٧/٤

(٣) السابق : ٤٨/٤ .

الأول وضعى : وهو إيجاب الضمان الذى يترتب على الفعل مطلقا باعتباره عدوانا على حق من حقوق العباد .

والثانى تكليفى : هو الحرمة وإيجاب الإثم والعقوبة بالنظر إلى ما فيه من عدوان على حقوق الله تعالى ، لذا يشترط للعقوبة به التكليف والنية ، ولا يعاقب به المجنون والصغير ، لعدم أهليتهما للخطاب الجنائى . وللحاكم معاقبة البالغ به وإن عفا المغصوب منه رعاية لحق الله تعالى . أما جواز معاقبة الصغير المميز به فإنه ليس على سبيل المجازاة بل على سبل التأديب . وهذا هو معنى قول الدردير (وأدب غاصب مميز صغيراً وكبير ، بخلاف غيره كمجنون وصبى لم يميز لحق الله تعالى ، ولو عفا عنه المغصوب منه باجتهاد الحاكم . وإنما أدب الصبى لأنه لدفع الفساد وإصلاح حاله)[1] . ويدل ذلك على أن غصب مال الغير عدوان على حقوق العباد وحقوق الله تعالى عز وجل ، وأن وجوب الضمان فى مقابلة العدوان على حقوق العبد ، جبرا للضرر ، وأن وجوب العقوبة التعزيريه إذا اجتمعت شروطها فى مقابلة حقوق الله عز وجل لزجر المعتدى وردعه هو وغيره عن ارتكاب مثل ذلك .

والذى قصدت إليه الشريعة من ترتيب هذه الأحكام على الغصب هو حماية حقوق الملكية التى تعد الحيازة دليلا عليها ومظهرا من مظاهرها وسبيلا للانتفاع بها . وفى ذلك يقول محمد حسين آل كاشف الغطاء : إن اليد هى أمارة على الملكية شرعا وعرفا ، فهى عبارة عن السلطنة والاستيلاء على العين الخارجية . وتعرف هذه السلطنة والاستيلاء بآثارها . وهى تختلف باختلاف الأعيان والأجناس والزمان والمكان والأوضاع ، فاليد على الدراهم أى السلطنة والاستيلاء عليها يحصل بوضعها فى جيبه أو محفظته أو ما شاكل ذلك ، واليد على الدابة بركوبه عليها ووضعها فى اصطبله واليد على الدار سكناه فيها وإيجارها واليد على الأرض بالزرع فيها)[2] .

---

(1) الشرح الكبير بهامش الدسوقى : ٤٤٢/٣ .

(2) تحرير المجلة : ١٥٠/٤ .

٢٨٠ – الغصب والإتلاف والإيذاء : ترتد الأفعال الموجبة للضمان إلى واحد من الأسباب التالية :

(أ) التعدى التعدى على حق الحيازة بإثبات اليد دون حق ، وذلك هو الغصب الذى يتقيد بالأموال والحقوق المالية دون غيرها . ولا يختلف الفقهاء لذلك فى أن الحر ليس محلا للغصب ، لأنه ليس بمال[1] . ومن جهة أخرى فإن الغصب لا يشترط فيه عند أحد من الفقهاء التعدى على حق الملك ، فإن ملك المغصوب منه لا ينتقل إلى الغاصب بمجرد الغصب اتفاقا ، ما دام المغصوب فى يده على حالته التى كان عليها عند غصبه . وإنما يكفى لتحقق الغصب مجرد نقض حق الحيازة أو اعتراض هذا الحق . ويبدو أن السؤال عن طبيعة الحق المعتدى عليه فى الغصب ، وما إذا كان هو حق الملكية أو الحيازة ، قد ثار لدى الفقهاء . ويدل مذهب الأحناف فى عدم تحقق الغصب فى العقار ، من جهة أنه لا يمثل تهديدا لملكية المغصوب منه ، على أنهم كانوا يشترطون فى الغصب تهديد الملكية أو أنهم كانوا لا يفرقون بين الحيازة والملكية فى العقار ، بمعنى أن الحيازة تابعة للملك فى العقار بحيث لا تنتقص إلا بانتقاصه .

(ب) يقابل الإتلاف الغصب فى التعدى على الأموال ، ويمثلان معا فيما لا يختلف فيه الفقه الإسلامى عن غيره أهم الأسباب الموجبة لضمان الأموال والحقوق المتعلقة بها . وإنما يختلفان فى أن التعدى بالإتلاف يشمل المال والإنسان على حين يختص الغصب بالأموال وحدها . ومن جهة أخرى فإن الغصب ينشىء الحق فى استرداد المغصوب نفسه إذا كان باقيا ويمكن استرداده دون خطر يترتب على رده . أما فى بعض صور الإتلاف فإن هذا الحق لا ينشأ . وبدهى أن انتفاء أحد هذين الضمانين ، ضمان الغصب وضمان الإتلاف ، لا يترتب عليه سقوط الآخر ؛ فالأحناف الذين لا يقولون بجريان الغصب فى العقار يوجبون الضمان بإتلافه وتعييبه أو إنقاصه . وكذلك فإن أخذ الصغير لا يوجب ضمانه ضمان غصب ، لأن يد الغاصب لا تثبت عليه من جهة أنه ليس بمال . لكنه يضمنه

---

(١) المبسوط للسرخسى : ٢٠/٢٧ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٣١ ، وبدائع الصنائع للكاسانى : ١٤١/٥ ، والإنصاف للمرداوى : ١٢٧/٦ .

لو تسبب بأخذه فى إتلافه ، كأن مرض فلم يطببه ، أو تركه دون رعاية فضاع ، أو نقله إلى أرض تكثر فيها الصواعق والسباع والحيات ، أو أركبه دابة وهو لا يمكنه إمساك نفسه . وإنما يضمن فى كل ذلك ضمان إتلاف لتعديه بتفويت يد الولى الذى يقوم على حفظه ويمكنه أن يتحرز عن هذه الأخطار . وقد أخذ الشافعية وزفر بعدم الضمان فى بعض هذه المسائل ، وكأنهم رأوا أن نفى أحد هذين الضمانين يوجب نفى الآخر . ولا يتفق ذلك مع قواعدهم العامة فى الضمان . والاتفاق على أنه إذا مات الصبى بصاعقة أو بمرض أو فجأة دون تقصير آخذه فى الحفظ والرعاية والتطبيب أنه لا يجب الضمان ، لأن الموت بذلك أمر يدرك المرء فى أى مكان ، فلم ينسب إلى فعله وهو الأخذ

والإتلاف هو إخراج الشيء عن صورته أو معناه ومنفعته على نحو جزئى أو كلى ، كذبح الحيوان ، وكسره وجرحه وتعييب السيارة والتسبب فى جفاف البئر ، وغير ذلك مما سيأتى توضيحه فى حينه . وفى التعدى على الأموال يختلف الغصب والإتلاف فى ورود الأول على الحيازة وتأثير الآخر فى الملكية ، لأن الإتلاف أو التعييب البالغ مبلغ الإتلاف قد يبطل تعلق الملكية بمثل هذا المال .

(ج) الإيذاء أو الإزعاج : يرجع الضمان إلى الإيذاء أو الإزعاج فى أحوال كثيرة لا يرجع التعدى فيها إلى معارضة حقوق الحيازة أو الملكية ، وإنما يرجع إلى معارضة حقوق الانتفاع بالمال المنفعة المقصودة . من ذلك إقامة حائط فى الملك يسد على الجار الضوء والريح ويجعل انتفاعه بملكه أمرا متعذرا . ومن ذلك أيضا اتخاذ بيدر يؤدى الدياس والتذرية فيه إلى إثارة الغبار والأتربة على الجيران . ومن جنسه زراعة أشجار تذهب أغصانها وجذورها فى ملك الجار على نحو يفسد عليه انتفاعه بهذا الملك . ويناقش الفقهاء أحكام هذه المسائل فى الأبواب التى عقدوها لبيان أحكام الأبنية والحوائط والجيران ، مما يأتى بيانه عند بحث أحكام التعسف فى استعمال الحقوق . ويختلف التعدى فى الإيذاء والإزعاج عن كل من الغصب والإتلاف ، من حيث إنه لا يبطل أيا من حقوق الحيازة أو الملكية .

٢٨١ - **المغصوب** : يشمل المغصوب أيا من الأموال أو الحقوق المالية التالية :

(أ) الأموال المنقولة بلا خلاف بين الفقهاء فى ورود الغصب عليها ، طبقا لما سلفت الإشارة إليه فى مبحث الضرر . ويلتحق الخلاف بين الأحناف والشافعية فى ضمان خمر الذمى وخنزيره باختلافهم فى اعتبار ماليتها وتوجه الخطاب الشرعى إليه . ويلخص الكاسانى هذا الخلاف بقوله :(إذا غصب خمر المسلم أو خنزيرا له .. لا يضمن ، سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا ، لأن الخمر ليست بمال متقوم فى حق المسلم ، وكذا الخنزير فلايضمنان بالغصب . ولو غصب خمرا أو خنزيرا لذمى فهلك فى يده يضمن سواء كان الغاصب ذميا أو مسلما . غير أن الغاصب سواء كان ذميا فعليه فى الخمر مثلها وفى الخنزير قيمته ، وإن كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا . وقال الشافعى لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا من كان)[1] . وإنما تصدق حكاية مذهب الشافعى على هذا الوجه إذا تلفت الخمر والخنزير فى يد الغاصب ، لكن لو بقيا فى يده فإنه يؤمر بردهما إلى الذمى إذا لم يكن قد أظهرهما فى مكان عام بنحو بيع أو شرب أو هبه ، تحقيقا للأمر الوارد فى الحديث بتركهم وما يدينون .. أما إن أظهر الخمر بشىء من ذلك فإنها تراق عليه لتعديه على قيم المجتمع المسلم[2] .

ولا يشترط للضمان تقوم المغصوب حال غصبه ؛ فإنه يضمن إذا طرأ عليه التقوم بعد الغصب . فلو غصب خمر مسلم فخللها فلصاحبها أن يأخذها من غير شىء ، لأن (الملك كان ثابتا له فى الخمر ، وإذا صار خلا حدث الخل على ملكه) . ولكن لو حدث التقوم بإضافة عين من الأعيان المتقومة فإن الغاصب يستحق قيمة ماأضافه إذا أراد المالك أخذه ؛ فلو غصب جلد ميتة ودبغه بشىء متقوم فإن لمالكه أن يأخذه منه ، (ويغرم له ما زاد الدبّاغ فيه ، لأنه ملك صاحبه ، وللغاصب فيه عين مال متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين .. وليس له أن

---

(١) البدائع : ١٤٧/٧ ، وانظر المبسوط للسرخسى : ١٠٢/١١ ، وحاشية ابن عابدين : ١٤٧/٥ ، والتوضيح : ٧٨٤/٢ .

(٢) حاشية الجمل : ٤٨١/٣ ، والمهذب : ٣٧٤/١ .

يضمنه قيمة الجلد ، لأنه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب)[1] . أما لو طرأ عدم التقوم على المتقوم فإن الغاصب يضمنه ، لأنه أتلف مالا متقوما ، فلو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن عصيرا مثله ، لأنه هلك فى يده بهذا التحول ، والعصير من ذوات الأمثال فيضمن بالمثل .

(ب) العقار فى مذهب الجمهور وفى رأى محمد بن الحسن الشيبانى خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف فيما سلفت الإشارة إليه عند بحث أنواع الأضرار المالية .

(ج) منافع الأموال بالتفصيل السابق فى مبحث الضرر .
(د) زوائد المغصوب ونقصانه حسبما سبقت الإشارة إليه .
(هـ) منافع الحر ، وقد سبقت الإشارة إليه أيضا .
(و) منفعة الأثمان على النحو السابق بيانه

وقد سبق ترجيح رأى الجمهور فى ضمان هذه الأضرار جميعها .

٢٨٢ – الغاصب ذو الشبهة : لا فرق بين الغاصب ذى الشبهة وبين من لا شبهة له فى حيازة مال غيره من حيث وجوب ضمان أعيان الأموال المغصوبة أو زوائدها المتولدة عنها . والغاصب ذو الشبهة فى الاصطلاح الفقهى هو الحائز لمال غيره دون رضا هذا الغير أو إذنه ، وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير . من ذلك أن يشترى شيئا أو يرثه أو يوهب له وهو يجهل أن هذا الشىء ملك لغير المورث والبائع والواهب . ويقابل ذو الشبهة مصطلح (الحائز حسن النية) فى التفكير القانونى . وقد نصت المادة ٩٦٥ من القانون المدنى المصرى على تعريف هذا الحائز ، ولفظها : (١ – يعد حسن النية من يجوز الحق ، وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم . ٢ – فإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله . ٣ – وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس) . وتنص المادة ٩٦٦ على أنه : (١ – لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما بأن حيازته اعتداء

---

(١) البدائع : ١٦٣/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ١٤٨/٥ ، وحاشية الجمل : ٤٩٠/٣ .

على حق الغير . ٢ - ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى . ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره) .

ويفترق الحائز الحسن النية عن السىء النية فى القانون المدنى المصرى ، حسبما أوضحته المادتان ٩٨٣ ، ٩٨٤ ، فى أن للحائز الحسن النية أن يستعمل المحوز دون ضمان لما انتفع به ، ولا يكون مسئولا قبل المالك (عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع) ، وكذلك لو نقصت قيمة الشىء المحوز بهذا الانتفاع فإنه لا يضمن هذا النقص ، ولو هلك بغير خطأ الحائز ، كأن هلك بآفة سماوية ، فلا يكون مسئولا عنه (ما دام أنه كان يستغله وفقا لما يحسب أنه حق له . ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم شيئا وهو حسن النية ، وتصرف فيه بعوض ، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض)[1] . أما الحائز السىء النية فإنه يكون مسئولا عن منفعة المغصوب وعما طرأ عليه من نقص باستعماله والانتفاع به وعن زوائده ، كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك ، وهو مسئول عن هلاك الشى وتلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائى ، فيرد المالك قيمة الشىء وقت الهلاك ، أو يرد الشىء نفسه إذا تعيب مع التعويض عن نقص قيمته إذا كان التلف جزئيا[2] .

٢٨٣ - ومسئولية ذى الشبهة فى الاصطلاح المالكى أو الحائز لمال غيره بتأويل مال أو عقد فى الاصطلاح الحنفى[3] أيسر من مسئولية الغاصب العالم بغصبه . ويتضح ذلك فى أن المالكية يرون عدم الجمع بين ضمان الرقبة والمنفعة على الحائز ذى الشبهة ؛ فقد نصوا على أن الغاصب للرقبة إذا تصرف فيها بهبة أو بيع ولم يعلم الموهوب له ولا المشترى بواقعة الغصب فإن للمغصوب منه عندهم أن يرجع على الموهوب له بغلة المغصوب ومنفعته ، ويسترد العين إذا كانت قائمة . أما إذا تلفت فليس للمغصوب منه إلا أخذ قيمة المنفعة وحدها

---

(١) الوسيط للسنهورى : ٩٧٩/٩ .
(٢) السابق : ٩٨١/٩ وما بعدها .
(٣) المادة : ٥٩٧ ، ٥٩٨ من العدلية .

أو الرقبة وحدها ، (إذ لا يجمع بين القيمة والغلة)[1] . وكذا لو انتقلت العين من الغاصب بوفاته إلى وارثه فإن الوارث الجاهل بالغصب يدفع قيمة الغلة أو المنفعة المستفادة إذا كانت العين قائمة . أما إذا كانت تالفة فإن الوارث إما أن يؤدى قيمة العين أو المنفعة ، ولا يطالب المغصوب منه بهما معا ، لأنه لا يجمع بين القيمة والغلة[2] فى أحوال الجهل بالغصب . أما إذا كان الوارث والموهوب له والمشترى عالمين بالغصب فإنهم يعتبرون غصابا ، ويعاملون معاملتهم من حيث وجوب أداء كل من القيمة والغلة[3] .

ويقيد المالكية تطبيق قاعدة عدم اجتماع ضمان القيمة والغلة على ذى الشبهة بألا يكون المورث مدينا . وتفريعا على ذلك فإن الوارث إذا استغل الموروث (ثم طرأ عليه صاحب دين فإن الوارث لا غلة له ، ويضمنها لصاحب الدين الطارىء ، ولا غلة للوارث المطروء عليه .. سواء علم أم لا . وظاهره أنه لا غلة للوارث المطروء عليه الغريم ، ولو ناشئة عن تجرّ الوارث أو الوصى ، وهو كذلك . فإذا مات شخص وترك ثلاثمائة دينار مثلا وترك أيتاما فأخذ شخص الوصية عليهم واتجر بالقدر المذكور حتى صار ستمائة مثلا ، فطرأ على الميت دين قدر الستمائة أو أكثر فإنه يستحق جميع ذلك)[4] .

ويتفرع على الأصول السابقة أحكام المالكية فى الفرعين التاليين :

(أ) (من زرع أرضا بوجه شبهة أو اكتراها بوجه شبهة ، بأن كان وارثا أو كان اشتراها من الغاصب ولم يعلم بالغصب وما أشبه ذلك ثم يستحقها شخص آخر قبل فوات إبان ما تراد تلك الأرض لزراعته فليس للمستحق إلاكراء تلك السنة . وليس له قلع الزرع ، لأن الزارع زرع فيها بوجه شبهة . وأما إن فات الإبان فليس للمستحق على الزارع شىء من كراء تلك السنة ، لأنه قد استوفى منفعتها . والغلة لذى الشبهة والمجهول الحكم)[5] .

---

(١) الخرشى : ١٤٧/٦ .
(٢) الخرشى : ١٤٧/٦ ، ١٤٦ .
(٣) السابق : ١٤٦/٦ .
(٤) الخرشى : ١٥٤/٦ ، وحاشية الدسوقى : ٤٦٣/٣ .
(٥) الخرشى : ١٥٢/٦

(ب) (الغلة لذى الشبهة والمجهول الحكم يعنى أن من اشترى شيئا أو استأجره أو وهب له ولم يعلم أن بائعه أو مؤجره أو واهبه غاصب فاغتله ثم استحقه شخص فإن الغلة لذى الشبهة إلى يوم الحكم به لذلك المستحق . وكذلك من جهل حاله ، أى لا يعلم هل هو غاصب أو غير غاصب وهل واهبه غاصب أو غير غاصب إذا استغل شيئا ثم استحق فإن الغلة له إلى يوم الحكم للمستحق)[1] .

٢٨٤ – أما الأحناف فإن مذهبهم يمنع من ضمان المنافع ، لقاعدتى الخراج بالضمان ، والأجر والضمان لا يجتمعان . لكن المتأخرين أوجبوا ضمان المنافع فى الاستثناءات الثلاثة المشهورة وهى : ١ – كون المغصوب وقفا . ٢ – أو مال يتيم ٣ – أو معدًّا للاستغلال[2] . ويفرق الاحناف بين مسئولية الغاصب ذى الشبهة وغيره فى حكمهم باشتراط انتفاء الشبهة فى الانتفاع بالأعيان المعدة للاستغلال لضمان منافعها . وقد نصت على ذلك المادة ٥٩٧ من العدلية ، حيث جاء فيها : (لا يلزم ضمان المنفعة فى مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معدًّا للاستغلال . مثلا : لو تصرف أحد الشركاء بالاستقلال فى المال المشترك بدون إذن شريكه فليس للشريك الآخر أن يطالبه بأجرة حصته ، لأنه استعمله على أنه ملكه) . وقد نصت المادة ٥٩٨ من العدلية على الحكم فى غصب منافع الأموال المعدة للاستغلال بتأويل عقد ، ولفظها : (لا يلزم ضمان المنفعة فى مال استعمل بتأويل عقد ، وإن كان معدًّا للاستغلال . مثلا لو باع واحد من آخر حانوتا يملكه بالاشتراك مع غيره ، وذلك بدون إذن شريكه ، وتصرف فيه المشترى مدة ثم لم يجز البيعَ الشريكُ الآخر واسترد حصته من المبيع فليس له أن يطالب بأجرة حصته ، وإن كان الحانوت معدًّا للاستغلال ، لأن المشترى استعمله بتأويل عقد ، بمعنى أنه تصرف فيه بحكم عقد البيع فلا يلزمه من ثم ضمان المنفعة . كذلك لو باع واحد من آخر رحى على أنها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشترى ظهر لها مستحق فأخذها منه بعد الإثبات والحكم فليس له أن يأخذ

---

(١) الخرشى : ١٥٤/٦ .

من المشترى أجرة الرحى لتصرفه فيها المدة المذكورة ، لأن فى هذا أيضا تأويل عقد) .

أما منفعة الوقف وأموال اليتيم فإنها مضمونه عند متأخرى الأحناف ضمانا مطلقا ، سواء استفيدت بوجه شبهة أو بدونها ؛ فلو سكن شخص دارا موقوفة أو ليتيم دون إذن وليه وجبت أجرة المثل ، ولا يدفع الوجوبَ ادعاءُ هذا الشخص أن الدار مملوكة له .

٢٨٥ – وكذلك فإن مسئولية ذى الشبهة أيسر من غيره فى المذهبين الشافعى والحنبلى . ويتضح ذلك فى حكمهم بحق ذى الشبهة فى الرجوع بما غرمه على من غرّه . وهو إنما يغرم لا باعتباره ضامنا بل باعتباره طريقا للضمان . وبهذا فإن الضمان فى هذين المذهبين لا يستقر على الحائز الحسن النية إلا إن استفاد بتلف المحوز أو كانت حيازته له على وجه الضمان . إذ يذكر بعض الشافعية فيما لو غصب عينا وباعها وقبضها المشترى وتلفت عنده أن للمغصوب منه الخيار فى تضمين المشترى أو الغاصب . لكن لو اختار تضمين المشترى وضمنه العين وبدل النقصان لم يرجع بما ضمنه فى مقابل العين لأنه التزم ضمانها بالعقد وتهلك على حسابه ، ويرجع ببدل النقصان إن شاء لأنه غرمه بتغرير الغاصب فكان له أن يرجع عليه[1] . ومن جنسه ما لو (غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمِّن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمِّن الآكل لانه أكل ما لم يكن له أكله . فإن ضمن الآكل نظرت ، فإن عَلِم أنه مغصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن ، لأنه غاصب استهلك ولمغصوب فلم يرجع بما ضمنه . فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان : .

أحدهما : (يرجع لأنه غَرَّهُ وأطعمه على ألا يضمنه) .

والثانى : (لا يرجع لأنه حصل له منفعة)[2] .

ويختلف الشافعية والحنابلة مع ما أخذ به القانون المصرى فى الحكم بنفى

---

(١) المجموع شرح المهذب للنووى : ٢٦٩/٤١ .

(٢) السابق : ٢٧٠/١٤ .

ضمان المنفعة إذا كان الحائز حسن النية ؛ فإنهم يحكمون بوجوب الضمان إذا وجد سببه ، ويستقر ضمان الأعيان والمنافع على من تسبب فيه أو على الذى يجب عليه تحمله ، فإن (المستأجر من الغاصب جاهلا أنه مغصوب ، إذا تلفت العين فى يده بلا تفريط فغرم يرجع عليه بقيمة المغصوب لا بقيمة المنفعة . لكن لو كان عالما بالغصب أو تلفت بتفريطه لم يرجع بشىء . أما إذا ضمن الغاصب رجع بقيمة المنفعة فقط ويسترد المستأجر العوض المدفوع)(١) .

والخلاصة أن الغاصب ذا الشبهة الذى يحوز مال غيره جاهلا يظن أنه يحوز ما هو من حقه أخف من غيره مسئولية فى الوجوه التالية : .

– عدم استقرار الضمان عليه بشرط عدم انتفاعه بتلف المال المغصوب أو استهلاكه ، وبشرط ألا يكون قد وقع عليه الضمان بسبب آخر غير التعدى فى الحيازة .

– عدم ضمان المنفعة عند متأخرى الأحناف فى المال المعد للاستغلال فى الحيازة بتأويل ملك أو عقد وعند المالكية فى المال المعد للاستغلال أو غيره .

المبحث الثانى : مفهوم الغصب فى القانون الانجليزى

٢٨٦ – تقديم : يحتل التعدى على الأموال ، بالغصب أو الاتلاف ، مكانا هاما فى نظام الأخطاء المدنية فى القانون الإنجليزى . ويشمل التعدى على العقارات والمنقولات Torts to land and goods الصور التالية :

١ – التعدى المباشر Trespass على العقارات وعلى حق الحيازة Possession فى المنقولات Chattels(٢) ؛ فمجرد الدخول إلى أرض الغير أو حيازتها والتصرف فيها مما يدخل تحت هذا النوع من التعدى . ومنه فى المنقولات أن يخرج أحد دواب غيره من مكانها أو يطلق سراحها بغير حق . ومن جنسه ما حدث فى قضية Foulds v. Willoughby (١٨٤١ م) حيث أخذ المدعى جواديه إلى ظهر سفينة المدعى عليه لنقلهما . لكن المدعى عليه رأى ألا

---

(١) السابق .

(٢) Dias p. 142 .

ينقلهما ، وطلب أنزالهما من السفينة واقتيادهما إلى الشاطىء . ولما رفض المدعى تنفيذ هذا الطلب قام المدعى عليه بإخراجهما إلى الشاطىء بنفسه فاعتبرت المحكمة فعله هذا من قبيل التعدى المباشر Trespass على منقولات الغير[١] .

٢ – التصرف العمدى فى الأموال المنقولة للغير على نحو يؤدى إلى الإضرار بهذا الغير . ويطلق على هذا النوع من التعدى اصطلاح Conversion أو Trover . من ذلك أن يقوم الناقل بتسليم المنقول إلى المرسل إليه Consignee بعد أمر المرسِل بوقف هذا التسليم . ومنه كذلك أن يقوم شخص بتغيير خصائص مال غيره كاتخاذ العصير من العنب وصياغة الذهب حليا . وإذا كان من حق الشريك أن يحوز المال المشترك كلّهً فإنه يصير متعديا هذا النوع من التعدى Conversion لو تصرف فى المال تصرفا ضارا بحقوق سائر الشركاء ، كأن يبيعه أو يستهلكه[٢] . ويدخل فيه كذلك التصرف الضار بالغير فى منقوله على نحو يخالف إذنه . ففى قضية Moorgate Mercantile Co. Ltd v. Finch and Read (١٩٦٢ م) أعطت الشركة سيارة فى عقد شراء إيجارى – Hire Purchase Contract[٣] إلى أحد المدعى عليهما ، فأعارها للآخر الذى نقل فيها سلعا لم توفِّ رسومها الجمركية فصادرتها سلطات الموانىء . وقد اختفى Finch فألقت المحكمة عبء تعويض الشركة المتضررة على عاتق Read الذى استعار السيارة ، بناء على أنه كان من واجبه أن يدرك وجودا احتمال المصادرة للسيارة باستعمالها هذا النوع من الاستعمال .

وبهذا فإن أخذ أموال الغير عمدا للانتفاع بها أو لاستهلاكها وإتلافها أو لبيعها لمصلحة الآخذ نفسه أو لمصلحة غيره مما يدخل فى مفهوم Conversion . وقد ورد تعريفه لذلك بأنه : التصرف المتعمد فى منقولات الغير على وجه يؤدى إلى الإخلال بحقوق هذا الغير فى حيازتها[٤] . ويعد منه لذلك

---

(١) السابق : ٢١٢ .

(٢) السابق : ٢١٣ .

(٣) هذا هو بيع الاستغلال فى اصطلاح مجلة الأحكام العدلية ، مادة : ١٠٦ .

(٤) Remedies of English Law P. 124 .

مجرد حبس مال الغير Detention ورفض تسليمه إليه ، كما فى قضية Howard E. Perry and Co. Ltd. V. Britich Rail way Board التى صدر الحكم فيها عام ١٩٨٠ م حيث رفض المدّعَى عليه تسليم حديد المدعِي إلى عماله أثناء إضراب عمال الحديد ، خشية قيام بعض العمال بتدمير هذا الحديد إذا انتقل من المخازن المأمونة ، تعبيرا عن تضامنهم مع العمال المضربين . ورغم ذلك اعتبر ممثل الشركة مسئولا دون التفات إلى الباعث على إبقائه الحديد فى المخازن ورفضه تسليمه إلى ممثلى المدعى وعماله[1] . وكذلك لا يشترط قصد المعتدى إلى ملكية الشيء المأخوذ ، فلو أخذ مالا للغير ، لا ليتصرف فيه تصرف الملاك وإنما لقصد إنشاء امتياز Lien لنفسه على هذا المال لضمان الوفاء بحقه كان متعديا ، وإن دخل هذا النوع من التعدى تحت عنوان التعدى المباشر Trespass .

والفرق بين التعدى المباشر Trespass وبين Conversion أن التصرف فى الأول موجه إلى الحق فى الحيازة Possession وأن الآخر موجه إلى المال نفسه وإن استلزم التعدى على الحيازة كذلك .

٣ – حبس المال Detention ومنعه من صاحبه بتصرف فيه . وقد ألغاه قانون ١٩٧٧ وأدرج التعديات بحبس المال ضمن التعدى بالاستيلاء Conversion .

٤ – الإهمال الضار بالغير . ومن الواضح أن الغصب فى الفقه الإسلامى يقابل كلا من التعدى المباشر Trespass والتعدى بإثبات اليد على مال الغير Conversion . وتوضيح الفرق بينهما بالتعبير الفقهى أن الأول – فيما يبدو لى – يتضمن نفى اليد المحقة ، أما العدوان الآخر فيتضمن كلا من النفى لليد المحقة والإثبات لليد المعتدية .

٢٨٧ – الواجب بالغصب ، ورد المغصوب : إذا كانت مسئولية الغاصب فى الفقه الإسلامى مطلقة ، بمعنى أنها تنشأ بمجرد الاستيلاء على مال الغير بغير حق فإن القانون الانجليزى يعتبر الأخذ لمال الغير سببا كافيا لإنشاء

---

(١) Dias P. 212 .

الضمان . ولذا لا يعد الجهل أو الخطأ فى الأخذ عذرا ينفى الضمان أو المسئولية ؛ ففى قضية Hollins v. Fowler التى صدر الحكم فيها عام ١٨٧٥ م استولى أحد الناس بطريق الخداع والغرور على قطن المدعى ، وأعطاه للمدعى عليه الذى يعمل سمسارا كى يبيعه له . ولأن السمسار لا علم له بواقعه الغرور والخداع فقد أعطى الثمن إلى الشخص الذى سلمه القطن . ورغم حسن نيته وأنه لا يعد مخطئا من الناحية الخلقية فإن تصرفه فى مال غيره بغير إذنه كان هو الأساس الذى استندت إليه المحكمة فى الحكم بمسئولية هذا السمسار وبإلزامه بالضمان .

ولا يشترط فى هذين النوعين من التعدى حدوث الاستيلاء بالفعل على أموال المدعى ، وإنما يكفى التسبب فى استيلاء الغير على هذه الأموال ؛ ففى قضية Hiort v. Bott التى حكم فيها عام ١٨٧٤ م قام المدعون بشحن كمية من الشعير إلى المدعى عليه بناء على برقية وكيلهم وأرسلوا إلى المدعى عليه إذن التسليم ، فوقع على ظهر هذا الإذن بما يفيد تحويله إلى وكيل المدعين الذى أخذ الشعير واختفى . فحكمت المحكمة بالضمان على المدعى عليه لتصرفه فى مال غيره تصرفا غير مأذون فيه نشأ عنه ضياع مال الغير .

٢٨٨ - ويوجب هذان النوعان من التعدى ما يوجبه الغصب فى الفقه الإسلامى . إذ ينشىء الاستيلاء على مال الغير Conversion حق المتضرر فى استرداد عين ماله من المعتدى برفع دعوى يطلب فيها رد ماله إليه أو بالظفر بها بنفسه Self help شريطة عدم اللجوء إلى أى نوع من العنف . وعلى الرغم من الرغبة التى يبديها مالك المغصوب فى استرداد عين ماله فى أكثر الأحوال فإن قانون ضمان التعدى على المنقولات Torts (Interference with Goods)Act الصادر عام ١٩٧٧ م قد نص فى الفقرتين الثانية والثالثة من مادته الثالثة على حق المدعى عليه فى رفض دعوى الاسترداد وتعويض المدعى عن العين المغصوبة بإعطائه قيمتها السوقية . وعموما فقد ترك القانون أمر الاستجابة لرغبة المدعى فى استرداد المال المغصوب Restitution of the property إلى سلطة المحكمة التقديرية . وفى هذا يختلف الفقه والقانون الانجليزى اختلافا واضحا من حيث المبدأ ؛ فالإصرار فى الفقه على حق المغصوب منه فى استرداد عين ماله إذا كانت قائمة فى يد الغاصب ، لاستمرار المغصوب على ملكية صاحبه فوجب دفعه إليه .

أما إعطاء الغاصب الحق فى دفع قيمة المغصوب لصاحبه فيرقى فيما يلاحظ بوضوح إلى الاعتراف بحق التعدى فى إجبار الغير على بيع ماله فى الوقت الذى يريده هذا المتعدى ، وهو ما ينبغى ألا يقره أى نظام قانونى . ولذا فإن النظرة الفقية أدنى إلى العدل وأوفق للمصالح .

ويوجب القانون الانجليزى ضمان منافع الأموال المنقولة مدة الاستيلاء عليها .

٢٩٠ – أما فى العدوان على العقارات فيوجب القانون الانجليزى لصاحب الأرض الحق فى رفع دعوى استرداد أو إخلائها Action of ejectment ، مخالفا بذلك مسلكه فى دعوى استرداد المنقولات المتروكة لتقدير المحكمة . ولا يحتاج المنطق القانونى فى هذا العدول إلى توضيح ورغم وضوح هذا المنطق فقد اضطر القانون الانجليزى فى استجابته لحق المدعى فى استرداد أرضه إلى اللجوء لحيلة شهيرة ظلت المحاكم تعتمد عليها حتى القرن التاسع عشر . وخلاصة هذه الحيلة أنه لإقرار حق المدعى فى أرضه كان يفترض أن المدعى قد أجر أرضه إلى شخصية متخيلة تأخذ دائما اسم John Doe وأن شخصا آخر باسم Richard Roe قد طرد المستأجر من الأرض . وعندئذ ينسحب Richard Roe طالبا من المدعى عليه الحقيقى أن يتقدم لإثبات حقه فى الأرض التى يحوزها . ويجب عليه إخلاء هذه الأرض المتنازع عليها إذا ثبت أن حق المدعي فيها أقوى من حقه . ولم تتوقف هذه المسرحية المفترضة إلا فى عهد قريب ، وإن أمكنت لأصحاب الأراضى المغصوبة استردادها .

وفضلا عن ذلك يحق لصاحبها الأرض المغصوبة التعويض عن المنفعة التى فاتت عليه مدة الاستيلاء على الأرض . والمصطلح الذى يعنون به لهذه المنافع هو Mesne profits ومعناه المنافع التى فاتت على المدعى فى الفترة الواقعة بين إخراجه من أرضه وبين عودتها إليه . وقد كان المتبع أن يلجأ المدعى إلى طلب استرداد أرضه أولا ، ثم يطالب بعد استردادها بحقه فى التعويض عما فات من منافعها بغصبها . غير أن ذلك لم يعد هو الواجب ، وأصبح من حق المدعى أن يطالب باسترداد حيازة أرضه والتعويض عن منفعتها الفائتة بالاستيلاء عليها

فى وقت واحد . ويتفق القانون بهذا فى تطوره الأخير مع ما أخذ به جمهور الفقهاء فى ضمان العقارات ومنافعها بالغصب .

٢٥٨ – الظفر بالحق Self help فى العقارات المغصوبة : يجيز القانون الانجليزى لحائز العقار العمل بنفسه على الظفر بحقه . ويبدو أن القانون لا يستحسن هذا النوع من العلاج ، لما فيه من افتيات على السلطة القضائية الطبيعية . ولذا فإنه يقيد استعمال هذا الحق بعدة شروط ، أولها : ألا يتجاوز صاحب الحق فى استعمال القوة المسموح بها لإخراج الداخل للعقار أو الشخص الذى يحاول ذلك . والثانى أن يتقدم بالإعذار قبل اتخاذ أى مسلك عنيف معه . وهذا ماتدل عليه قضيــة Collins v. Renison التى صدر الحكم فيها عام ١٧٥٤ . وفى هذه القضية وجد المدعى عليه المدعى فى أرضه واقفا على سلم صغير ، فهز السلم برفق ، وأوقع السلم على الأرض ببطء ، مما أدى إلى وقوع المدعى على الأرض برفق أيضا . ولكن اعتبر المدعى عليه متعديا ، بناء على أنه لم يتقدم للمدعى بوجوب إخلائه أرضه قبل اللجوء إلى هذا المسلك . والشرط الثالث : أن يكون الحائز للأرض ذا حق ثابت قانونا فى حيازته . وإلا فلا حق له فى طرد أحد منها . يوضحه الحكم الصادر فى قضية Holmes v. Bagge الصادر عام ١٩٧٣ ، حيث قام اللاعبون بطرد زميل لهم وأخرجوه من أرض الملعب بشىء من القوة بعد رفضه الامتثال لأوامر المدرب والخروج بنفسه . لكن قررت المحكمة أن ذلك لم يكن من حقهم ، بناء على كونهم غير حائزين لهذا الملعب[1] .

ومن الصور المعترف بها فى الظفر بالحق أنه يجوز لصاحب الأرض فى القانون الانجليزى احتجاز السبب المنشىء للضرر Damage Feasant . من ذلك أن يجد حيوانات الغير ترعى فى أرضه فإن له أن يحبسها عنده حتى يبدى صاحبها استعداده للتعويض عما تسببت فيه حيواناته من أضرار . غير أن القانون الصادر عام ١٩٧١ بشأن المسئولية عن الحيوانات Animals Act قد أبطل حق حائز الأرض فى احتجاز الحيوانات الأليفة إذا كانت محوزة لأحد ، وأبقى الحق

---

(١) Dias P. 221 .

فى احتجاز غيرها من الحيوانات الضالة وغير الأليفة . وليس هذا فحسب بل أصبح من حق صاحب الأرض أن يبيع هذه الحيوانات الضالة وغير الأليفة التى اقتحمت أرضه إذا مضى أسبوعان دون أن يظهر مالكها[1] .

٢٩١ – دفع المسئولية : تنتفى المسئولية فى دعاوى الاستيلاء على أموال الغير بموافقة هذا الاستيلاء لإذن هذا الغير صراحة أو ضمنا . ولا ينفيه إثبات حق قوى لطرف ثالث غير المدعيين فى المال ، وهو ما يطلق عليه Jus tertii ، ومعناه أن لغير المدعى حقا فى المال ، لأن العبرة باستناد الاستيلاء إلى إذن من له الحق فى الإذن ، ولا ينفى الضمانَ لذلك إثباتُ حق المال لشخص آخر غير المدعى . ولا ينفى لذلك مسئولية المعتدى على المأجور تجاه المستأجر أن يثبت هذا المعتدى أن للمأجور مالكا . وإنما عليه فوق ذلك أن يؤكد أنه فى تصرفه هذا قد استند إلى إذن هذا المالك .

وينتفى الضمان كذلك بالاستيلاء على مال الغير إذا كان الفعل مأذونا فيه قانونا ، وذلك كحق المرتهن فى احتباس Distress العين المرهونة[2] .

وينتفى الضمان فى دخول أرض الغير Trespass إذا انعدم الاختيار فى قصد الفعل ، ففى قضية Smith v. Stone التى صدر الحكم فيها عام ١٩٨٠ ألقت عصابة بالمدعى عليه فى أرض يملكها المدعى فلم يعتبر وجوده فى هذه الأرض تعديا . أما إذا قصد الفعل ولم يقصد التعدى فإن الضمان لا ينتفى طبقا للحكم الصادر فى قضية Gilbert v. Stone التى صدر الحكم فيها عام ١٦٤٧ م ، وذلك حيث اقتحم المدعى عليه أرض المدعى تحت وطأة التهديد فحكمت المحكمة على المدعى عليه بالضمان لقصده الفعل[3] . ويذكّر هذا الحكم بقاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير) المعروفة فى الفقه الإسلامى .

---

(١) السابق ص ٢٢٢ ، ٤٧٣ .

(٢) السابق ٢١٤ .

(٣) السابق ص ٢١٨ وما بعدها .

٢٩٢ - وجوب القيمة : يوجب التعدى على المال بإتلافه بعد غصبه أو بإتلافه دون غصبه الوفاء بقيمته ، طبقا للمبدأ القاضى بأن المتضرر مستحق فى الأقل لقيمة النقصان أو التلف . ومعيار تحديد القيم فى المحاكم الانجليزية هو النظر إلى القيمة فى السوق Marget Value إذا كان المال مما يعلن عن قيمته فى السوق يوميا أو على فترات منتظمة كالأسهم والسندات والذهب وسائر ما يعلن عن سعره فى البورصة ، أو النظر إلى قيمة رد مثل المغصوب أو المال التالف إن لم تكن قيمته مما يعلن عنه فى السوق على الوجه المشار إليه[١] . ويتفق ذلك مع معيارى المثلى والقيمى فى الفقه الإسلامى .

وتتحدد القيمة الواجبة فى عدد من الأحوال بالرجوع إلى ما يعرف بتكلفة الإصلاح The cost of repair . ويطبق ذلك فى التلف الجزئى للسفن ، تجنبا للصعوبات العملية المتعلقة بتحديد قيمة النقص أو الخسارة . وهو الواجب كذلك فى احتساب قيمة التعويض فى المبانى ، نظرا لأن الإصلاح يؤدى إلى زيادة قيمة المبنى ، فيجب لذلك تقويم الواجب فى إتلاف المبانى بالرجوع إلى تكلفة ترميمها مع خصم الزيادة فى قيمة المبنى الناشئة عن إجراء مثل هذا الإصلاح[٢] . وإنما تحتسب قيمة المنفعة الفائته للأموال بالرجوع إلى أجرة مثلها ، إلا إذا كانت الأموال المغصوبة سببا لاستجرار الربح فإن الواجب هو قيمة هذا الربح الفائت .

وتحتسب قيمة المال المغصوب بالرجوع إلى قيمته السوقية يوم غصبه الذى قد يتفق مع تاريخ مطالبة صاحبه بالرد ورفض الغاصب هذا الرد باعتبار أن الرفض بعد المطالبة هو الفعل الذى يوجب الغصب فى عدد من الأحوال . وقد لوحظ أن حساب الواجب بالقيمة يوم الغصب يؤدى إلى كثير من المظالم ، خاصة إذا ارتفعت الأسعار يوم التقاضى عما كانت عليه وقت الغصب إرتفاعا كبيرا . لذا أبدت المحاكم استعدادها لحساب الواجب بالرجوع إلى قيمة المغصوب يوم رفض رده بعد المطالبة إذا كان المغصوب منه لم يعلم بواقعه الغصب قبل ذلك . لكن

---

(١) Remedies of English law, P. 119 .

(٢) السابق : ١٢١ .

هذا الحل لا يحقق العدالة فى ظروف ارتفاع الأسعار أحيانا فيما أحس به عدد من المشتغلين بالعمل القانونى . وقد جاء الحل لذلك فيما أخذت به محاكم نيويورك التى أحلت مبدأ وجوب أقصى القيم Highest replacement value محل الرجوع إلى يوم الغصب . ويقارن هذا الحل بما أخذ به الشافعية فى احتساب القيمة الواجبة[1] .

٢٩٣ – أوجه الاتفاق والاختلاف : يتضح من ذلك اتفاق القانون الانجليزى مع الفقه فى تأثيم التعدى على ملك الغير : عقارا أو منقولا أو منفعة من منافعهما ، وفى إيجاب ضمان الضرر الناشىء عن هذا العدوان وفى الأسباب النافية للضمان . ويبلغ هذا الاتفاق فى عدد من التفاصيل مبلغا يثير التساؤل عن أسباب هذا الاتفاق ، كما هو الحال فى أسس احتساب القيم والتفريق بين المواد المتماثلة التى يعلن عن أسعارها وبين غيرها مما سبقت الإشارة إليه .

غير أن هناك اختلافا بين الفقه والقانون الانجليزى فى الواجب بالغصب ، من جهة أن الواجب فى الفقه هو رد العين المغصوبة ، سواء كانت عقارا أو منقولا ما لم يتعذر ذلك ، احتراما لرغبة المالك فى استرداد عين ماله ولأسباب قانونية أخرى تتعلق بوجوب احترام حقوق الحيازة والملكية . أما القانون الانجليزى فإنه يترك للمدعى عليه وللمحكمة تقدير الاستجابة لطلب المدعى رد المنقول ، بل إنه يجيز للمدعى عليه اختيار دفع القيمة حتى ولو قضت المحكمة بتسليم المغصوب[2] .

ومن جهة أخرى فإن القانون العرفى الانجليزى يتخذ موقفا منحازا لطبقة أصحاب الأرض الذين كان لهم توجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية فى العهود الإقطاعية . يدل على ذلك أخذ هذا القانون باعتبار مسئولية الداخل إلى أرض غيره مسئولية مطلقة لصاحب الأرض الحق فى تعويضه تعويضا اعتباريا Nominal damages ولو لم يتضرر من هذا الدخول على أى نحو من الأنحاء .

---

(١) السابق : ص ١٢٥ .

(٢) السابق : ١٢٦ .

وقد تغير هذا الموقف الآن وأصبح لا يقضى بالتعويض إلا إذا أفضى الخطأ إلى حدوث الضرر للمالك فى ذاته أو فى ماله أو لعماله أو لأشيائه المقامة على أرضه[1] . ويدل أيضا على هذا الموقف المنحاز للقانون العرفى ما أخذ به هذا القانون من إطلاق حرية مالك الأرض ونفى مسئوليته تجاه الداخل إليها بدون إذنه الصريح أو الضمنى ما لم يتعمد إلحاق الضرر بهذا الداخل أو يتصرف على نحو طائش Recklessly يؤدى إلى إلحاق الضرر به . غير أن علاج هذه الشدة فى معاملة الداخل لأرض الغير بدون إذنه قد تضمنه قانون مسئولية الحائز للعقارات Occupier's Liability Act الصادر عام ١٩٨٣ . ويوجب هذا القانون على حائزى العقارات توقى الأخطار التى تضر بالداخلين إليها ، مما يؤدى إلى اعتبار هؤلاء الحائزين مسئولين عن الأضرار التى تنشأ للغير بمخالفتهم هذا الواجب عليهم بوجه الإهمال أو التقصير .

---

(١) Dias P. 241 .

المبحث الثالث : الأحكام العامة للغصب

٢٩٤ – تقديم : للغصب حكمان ، كما تقدم ، أولهما تكليفى هو الحرمة والآخر وضعى هو الضمان ووجوب الرد . ويتعلق بهذين الحكمين عدد من الأحكام الجزئية المتفرعة عنهما مما أردت معالجته فى هذا المبحث . ويتناول هذا المبحث لذلك كلا من :

أولا : الأيدى المتعاقبة على المغصوب .

ثانيا : ملكية المغصوب .

ثالثا : نفى الضمان فى الغصب بالإذن فى الأخذ أو لنية الرد على صاحبه أو لعدم الفائدة .

وفيما يلى تفصيل هذه الأحكام .

المطلب الأول : الأيدى المتعاقبة على المغصوب .

٢٦٣ – تنقسم الأيدى المترتبة على يد الغاصب بحسب وجوب الضمان إلى الأنواع التالية :

الأول : اليد المأذونة شرعا فى الاستيلاء على المغصوب من الغاصب ، لاستنادها إلى ولاية شرعية كيد القاضى وأمينه أو لاستنادها إلى إذن المالك كيد وكيله . ولا تعد هذه الأيدى أيدى غصب لانتفاء العدوان فى أخذ مال الغير بوجود الإذن الشرعى .

الثانى : اليد الضامنة المنقول إليها المغصوب من الغاصب ، كيد غاصبه ويد المستام والوارث والمشترى أو المقترض أو المستعير أو الموهوب له أو المتصدق عليه . وإنما كانت هذه أيدى ضمان لأن كلا منهم يعمل لمصلحة نفسه لا للغاصب وقد قبض المال على وجه الضمان فيلتزم به .

الثالث : يد الأمانة ، وهى اليد التى تحوز المال بسبب مشروع نيابة عن المالك ولمصلحته ، كما فى الوديعة بغير أجر أو لمصلحتهما كما فى الإجارة والرهن . ورغم كون هذه الأيدى أمينة فإن ترتبها على يد الغاصب يوجب الضمان بقبضها ، بمعنى إنشاء الحق فى مطالبة الحائز بالضمان ، وثبوت مقابله فى الذمة ووجوب الوفاء بهذا المقابل للمالك . وذلك لأن هذا الحائز أثبت يده على مال غيره بدون إذنه فيضمنه لو تلف فى يده . والشرط فى كون هذه اليد يد أمانة ألا يعلم صاحبها بالغصب وإلا كان غاصبا حسبما تقدم .

وإذا كانت اليد المأذونة شرعا فى القبض غير ضامنة ، لأن الإذن ينافى الضمان ، فإن يد الضمان أو الأمانة إذا ترتبت على الغصب وجب بها الضمان ، سواء جهل صاحبها أو علم ، لكونه أثبت يده على ملك غيره دون إذنه ، فيضمنه لو تلف فى يده ، ولأن الجهل بالغصب لا ينفى الضمان باعتباره حكما وضعيا[1] وإنما ينفى الإثم ، وهو الحكم التكليفى . غير أن الجهل بالغصب يؤدى إلى إضعاف مسئولية الحائز للمال من الغاصب فى عقد من عقود الأمانات ، خاصة إذا ما قورنت بمسئولية الغاصب نفسه ، مما يؤدى إلى استقرار الضمان على الغاصب رغم اشتراك الحائز للمال فى المسئولية ، بمعنى مطالبته بالضمان واعتباره طريقا إلى إثباته . وبذلك فإن الغاصب والحائز للمال يشتركان فى توجه المطالبة بالضمان إليهما وفى استقرار الضمان على من قويت نسبة الضرر إلى فعله منهما . وفيما يلى تفصيل كل من هذين الحكمين .

٢٦٤ – **المطالبة** : يحق للمغصوب منه أن يطالب كلا من الغاصب وصاحب اليد التى انتقل إليها المال بضمانه لتعديهما ، فإن الغاصب قد تعدى بافتياته على حق غيره واستيلائه على ماله . وقد تعدى الآخر كذلك بوضع يده على مال مملوك لغيره دون إذن منه أو ولاية عليه . ويؤدى توسيع المطالبة على هذا النحو إلى تيسير وصول المالك إلى حقه . وينبغى لهذا ألا ينتهى حقه فى المطالبة إلا بوصوله إلى حقه فى المال بأخذه أو أخذ بدله . لكن علماء المذهب الحنفى

---

(١) نهاية المحتاج : ١٥٤/٥ .

اختلفوا فى ذلك ؛ فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن مطالبة المالك أيا منهما تستلزم إبراء الآخر وإن توى عليه المال ، كما إذا ظهر المختار للضمان منهما معدما أو مفلسا . وعلى المغصوب منه لذلك قبل اختياره إلقاء الضمان على أحدهما أن يعرف مركزه المالى تجنبا لمثل هذه الصعوبة. وقال أبو يوسف كما فى الهندية نقلا عن المحيط أن للمالك الحق فى مطالبة أى منهما إلى أن يقبض المضمون بالفعل ممن عينه[1] ، إذ لا تنتهى دعوى التعدى المرفوعة عليهما إلا بهذا .

وقد حصر عدد من فقهاء الأحناف حق المالك فى مطالبة أى من الغاصب أو الحائز للمال بجميع المضمون ، ولم يجيزوا للمالك توزيع المضمون عليهما . وهذا هو الذى اقتصر صاحب مجمع الضمانات على نقله . وليس للمالك تبعا لذلك (أن يأخذ بعض الضمان من الأول والبعض من الثانى . ولكن يخير فى تضمين أحدهما)[2] . وفى الدر المختار النص على جواز اختيار المالك تجزئة المضمون على الغاصب والحائز حسبما يراه هو أوفق وأيسر فى الوصول إلى حقه ، لأنه إذا جاز له إلقاء المضمون كله على أحدهما جاز له حمله على أداء بعضه . ونص ذلك : (من غصب شيئا ثم غصبه آخرُ منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضَه من الثانى له ذلك)[3] . وهو مذهب الإمامية كذلك[4] . وقد اختار هذا الرأى القانون المدنى العراقى ، فجاء فى الفقرة الأولى من مادة ٢٠٤ أن للمالك تضمين أى من الغاصب أو الحائز للمال من الغاصب ، وأن له أن (يُضَمِّن مقدارا منه الأول والمقدار الآخر الثانى) . ويتفق الحق فى المطالبة وتضمينُ من انتقل إليه المال مع حق التتبع فى القانون المدنى المصرى وفى القوانين المدنية العربية الأخرى . ويتفرع حق التتبع هذا من قسم الحقوق العينية التى للمالك على أمواله .

٢٩٧ – استقرار الضمان : على الرغم من اشتراك الغاصب والحائز للمال

---

(١) حاشية ابن عابدين : ١٣٩/٥ .
(٢) مجمع الضمانات : ١١٩ .
(٣) حاشية ابن عابدين : ١٣٩/٥ .
(٤) تحرير الوسيلة : ١٨٤/٢ .

فى ضمان الضرر الواقع على المالك بتعديهما من حيث المطالبة وثبوت الحق فى الذمة ووجوب الوفاء به لتيسير وصول الحق إلى مستحقه فإن الذى يستقر عليه الضمان منهما هو صاحب الفعل الأقوى فى إحداث الضرر . وتوضيح ذلك أنه إذا غصب عمرو مالا ثم غصبه منه زيد وتلف فى يده ، واختار المالك تضمين عمرو واستوفى منه الواجب فإن لعمرو أن يرجع على زيد بما غرمه للمالك ، ويستقر الضمان على زيد ، لأن هلاك المغصوب حدث فى يده فيقوى فعله فى إيقاع الضرر على فعل عمرو لهذا . لكن لو اختار المالك تضمين زيد واستوفى منه الواجب لم يرجع على عمرو للسبب نفسه . وكذلك السارق من الغاصب حيث يستقر الضمان على السارق لقوة فعله إذا تلف المال فى يده .

ويستقر الضمان على كل من انتقل إليه المغصوب مع علمه بالغصب ، سواء انتقل إليه فى عقد من عقود الضمان كالبيع والإجارة والهبة والقرض ، أو فى عقد من عقود الأمانات كالوديعة والعارية ، وسواء كان القبض من الغاصب لمصلحته ، أو لمصلحة القابض أو لمصلحتهما معا . وكذلك يستقر الضمان على المتلف للمغصوب لو كان عالما بالغصب بلا خلاف ، لقيام سبب الضمان فى حقه ، وهو الإتلاف . ولهذا لو قدم الغاصب الطعام المغصوب إلى من يعلم غصبه ، وأكله رغم ذلك ، فإنه يعد متلفا له ؛ ويستقر عليه الضمان ، إن كان المالك هو الذى أكله ، لأنه بذلك يكون قد استرده .

أما إن أتلفه الأجنبى أو المالك مع جهلهما بالغصب ، دونما تسليط من الغاصب ، فإن الضمان يستقر على المتلف بلا خلاف كذلك ، لقوة الإتلاف فى إيجاب الضمان . لكن لو أتلفه أحد بتسليط من الغاصب ، كما لو كان طعاما فقدمه الغاصب إلى الأجنبى أو المالك ليأكله فأكله ، فإن الأقيس هو استقرار الضمان على الغاصب ، وهو المتسبب ، لا على الآكل ، وهو المباشر ، لأن المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه . ولذا لو اختار المالك تضمين الأجنبى كان له الرجوع على الغاصب ، لأنه هو الذى غر هذا الأجنبى . وهو مذهب

الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية[1] ، خلافا للمالكية الذين يوجبون الطعام على الآكل شريطة مناسبته لحاله وإلا استقر ضمان الزائد على الغاصب[2] . ويرجح بعض الشافعية إطلاق استقرار الضمان على الآكل ، لأنه هو المتلف[3] .

٢٩٨ – أما إذا انتقل المغصوب من يد الغاصب إلى أجنبى فى عقد من العقود ، وكان المنقول إليه جاهلا بالغصب ، فإن قرار الضمان على الآخذ فى عقود الضمان المفيدة للملك كالبيع والسوم والقرض وكذا الهبة والعارية ، دون عقود الأمانة كالوديعة والرهن .

وتفريعا على ذلك لو باع الغاصب المغصوب وهلك فى يد المشترى ، وهو لا يعلم بالحال ، فإن الضمان يستقر على المشترى لأنه قبض المال على وجه الضمان لمصلحة نفسه فيضمنه لو هلك فى يده ، وجهله إنما يسقط الإثم لا الضمان لأنه من خطاب الوضع . ويضمن المشترى عند الشافعية كلا من الأعيان والمنافع ، ، ويرجع على الغاصب بما غرمه فى ضمان المنافع ، لأنه غره فى ضمان ما لم يضمنه بعقد البيع ، فإن هذا العقد يقتضى أن المبيع مضمون على المشترى بالثمن بخلاف المنافع ، فإنها تثبت للمشترى تبعا للعين ، لأن الخراج بالضمان[4] . ويخالف المتأخرون من الأحناف فى ضمان الجاهل بالغصب للمنافع كما يخالف المالكية فى ذلك بناء على أصلهم القاضى بأن (الغلة لذى الشبهة)[5] .

ولا فرق عند الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية بين هلاك المغصوب فى يد المشترى بفعله أو بآفة سماوية فى استقرار الضمان عليه ، خلافا للمالكية الذين لا يوجبون استقرار الضمان عليه إذا هلك المبيع فى يده بآفة سماوية ، ولم يكن عالما بالغصب . وهذا هو معنى قول الدردير : إذا (ادعى التلف

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ ، والمهذب : ٣٧٣/١ ، والمبدع : ١٧٩/٥ ، وكشاف القناع : ١٠٣/٤ ، وتحرير الوسيلة : ١٩٤/٢ .

(٢) الخرشى : ١٤٧/٦ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٥٥/٥ ، وحواشى الشروانى وابن قاسم : ١٥/٦ .

(٤) نهاية المحتاج : ١٥٤/٥ .

(٥) الخرشى : ١٤٧/٦ .

بسماوى فيهما [أى فيما يغاب عليه وفيما لا يغاب عليه] ، فإن قامت على هلاكه بينة بسماوى أو لم يظهر كذبه فيما لا يغاب عليه فلا يغرم[1] ولا يعنى ذلك ضياع حقوق المالك فإن له أن يرجع على الغاصب ، كما أن نفى مسئولية المشترى الجاهل بالغصب عما هلك بالآفة السماوية لا يعنى نفى تغريمه وإنما يعنى نفى مسئوليته قبل المالك ، بحيث لا يكون غريما ثانيا له ، (وإنما هو غريم للغاصب ، بمعنى أنه يجب عليه أن يدفع الثمن للغاصب إن لم يكن دفعه ولا يحل له مطالبة الغاصب بالثمن إن كان دفعه)[2] . لكن لو أتلف هذا المشترى المغصوب عامدا فإنه ينضم غريما ثانيا للمالك ، ويتوجه إليه بالمطالبة والضمان . وفى المذهب اتجاهان فيما لو أتلف المشترى المغصوب خطأ ، فقيل بانضمامه مع الغاصب غريما ثانيا للمالك ، وقيل بكونه غريما للغاصب وحده لا للمالك[3] . ولا يختلف ذلك عما فى المذاهب الأخرى من الحكم باستقرار الضمان على المشترى الجاهل بالغصب مع حقه فى الرجوع على الغاصب بما لم يلتزم بضمانه فى عقد البيع إلا فى الجانب الإجرائى باعتباره طرفا فى دعوى الغصب أولا .

ويشبه المشترى فى استقرار الضمان القابض للمغصوب على سوم شرائه أو المقترض ، لأن هذه الأيدى أيدى ضمان . أما المستعير فيستقر الضمان عليه أيضا فى مذهب الشافعية والحنابلة ، لأن يده يد ضمان كذلك ، بحكم قبضه المال لمصلحة نفسه ، وإن لم يضمن منافعه ، لأنه قبضها غير مضمونة فيضمنها الغاصب لأن ضمان الأجرة عليه[4] . أما الأحناف فمذهبهم أن الضمان يستقر على الذى يتجه إليه المالك بالمطالبة ، (وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه . أما الغاصب فلا شك فيه لأنه أعار ملك نفسه فهلك فى يد المستعير . وأما المستعير فلأنه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور[5] . وفى المذهب المالكى أن الضمان يستقر على المستعير إن كان المعار مما يغاب عليه وإلا استقر على الغاصب لغروره للمستعير[6] .

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى : ٤٥٧/٤ .
(٢) الخرشى : ١٤٧/٦ .
(٣) نهاية المحتاج : ١٥٥/٥ ، والإنصاف : ١٧٨/٦ .
(٤) بدائع الصنائع : ١٤٥/٧ .
(٥) السابق .
(٦) قوانين الأحكام : ص ٣٦٤ .

٢٦٧ – ولا يستقر الضمان على الحائز للمغصوب إذا لم يكن يعلم بالغصب وانتقل إليه هذا المال فى عقد من العقود التى لا توجب ضمانه. فالمستأجر والمرتهن من الغاصب إذا اختار المالك تضمينهما العين يرجعان بما غرماه على الغاصب لغروره إياهما بحكم أنهما قبضا هذه العين على وجه الأمانة لا على وجه الضمان. ولا يسقط شيء من الدين فى مقابل تلف المرهون عند الجمهور، خلافا للأحناف الذين رأوا أن هلاك المرهون فى يد المرتهن مضمون عليه بحصته من الدين[1]. وفى الوديعة يتخير المالك بين تضمين الغاصب أو المودَع، ويستقر الضمان على الغاصب، لأن المودع حافظ للمال لمصلحة الغاصب، وهو فى يده أمانة، فإن ضمَّن المالك الغاصب لا يرجع على المودَع، وإن ضمَّن المودَع Bailee يرجع على الغاصب، لأنه غرَّهُ بالإيداع فيضمن، ما لم يفرط المودع فى الحفظ والصون[2]. ويرجع المتصدق عليه والموهوب له على الغاصب بضمان العين والمنفعة إن اختار المالك تضمينهما، لأنهما لم يلتزما بالضمان فى قبض المال وقد غرهما الغاصب فيستقر الضمان عليه[3]. والراجح فى المذهب الشافعى أن يد الموهوب له يد ضمان لا يد أمانة فيستقر الضمان على الموهوب له لذلك[4].

٢٩٩ – اختلاف الواجب: يتفاوت المضمون على أصحاب الأيدى المتعاقبة بتفاوت مسئولياتهم وأفعالهم. ولتوضيح ذلك فإن غاصب الغاصب إذا تلف المال تحت يده ضمن قيمته التى كانت له وهو فى يده. ويضمن العيوب التى حدثت للمغصوب أثناء حيازته. ولا يسأل عما نشأ من الضمان أثناء حيازة الغاصب الأول للمغصوب؛ فلو كان المال قد تعيب فى يد الغاصب الأول أو نقصت قيمته فإن ضمان ذلك يستقر على الغاصب الأول. وكذا يضمن كل منهما ما فات من منافع المغصوب فى يده، ويستقر عليه ضمانها، لأن كل واحد منهما مسئول عن عمله فيما تقضى به القواعد العامة للمسئولية فى الشريعة. والخلاف بين

---

(١) بدائع الصنائع: ١٤٥/٧.
(٢) السابق وكشاف القناع: ١٠٠/٤، ونهاية المحتاج: ١٥٥/٥.
(٣) المراجع السابقة نفسها، والخرشى: ١٤٧/٦.
(٤) نهاية المحتاج: ١٥٥/٥.

الفقهاء فى حساب قيمة التالف القيمى والمثلى المنقطع ؛ فمذهب الأحناف فى المثلى إذا انقطع أن الواجب هو القيمة يوم الغصب ، وهو رأى أبى يوسف ، وقيل يوم الانقطاع ، وهو مذهب محمد وقيل يوم الخصومة وهو مذهب أبى حنيفة . أما الشافعية والحنابلة فمذهبهم أن الواجب هو أقصى قيم المغصوب من وقت الغصب إلى يوم انقطاع مثله . ومذهب المالكية أن الواجب فى غصب المثلى إذا انقطع هو قيمته يوم انقطاعه . أما فى القيميات فمذهب الأحناف والمالكية أن الواجب هو القيمة يوم الغصب ، والمعتبر عند الحنابلة هو القيمة يوم التلف . والواجب عند الشافعية هو أقصى القيم[1] . وليست هذه مناسبة تفصيل هذه الآراء وذكر أدلتها ، وإنما الذى تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أن هذا الاختلاف يؤثر فى حساب الواجب على أصحاب الأيدى المتعاقبة فى حيازة المال المغصوب . ذلك أن المالك إذا اختار تضمين صاحب اليد الأولى رجع عليه على المذهب الشافعى ، على سبيل المثال ، بأقصى القيم من وقت غصبه إلى حين نقله من حيازته بغصب أو بيع . أما إذا اختار تضمين صاحب اليد الثانية فإنه يرجع عليه بأقصى القيم من حين أخذه للمغصوب إلى حين تلفه . وقس على ذلك الحال فى المذاهب الأخرى .

٣٠١ – إجازة تصرفات الغاصب : للمالك إجازة تصرفات الغاصب فى المغصوب، بالبيع والإجارة والهبة وغيرها فى مذهب الأحناف والمالكية ، لأن غايته أنه تصرف فضولى ، وهم يجيزون تصرفات الفضولى إذا وافق عليها صاحب الشأن[2] . ويخالف فى ذلك الشافعية والحنابلة الذين يرون بطلان تصرف الفضولى[3] . وقد نصت المادة ١٣٩٨ من مجلة الأحكام الشرعية على هذا الحكم ، حيث جاء فيها : (لا تصح تصرفات الغاصب فى المغصوب فلا يصح بيعه ولا إجارته ولا هبته ولا وقفه ولا عتقه).

---

(١) بدائع الصنائع : ١٥١/٧ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ ، ٢٢٣ ، وحاشية ابن عابدين : ١٢٨/٥ ، ١٢٩ ، ونهاية المحتاج : ١٦٣/٥ ، وحاشية الدسوق : ٤٤٤/٣ ، والخرشى : ١٣٦/٦ وما بعدها وكشاف القناع ١٠٩/٤ .

(٢) بدائع : ١٤٥/٧ ، والخرشى : ١٤٦/٦ (٣) كشاف القناع : ١١٢/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٨٧/٥ .

المطلب الثانى : ملكية المغصوب

٣٠٢ – لا نزاع بين الفقهاء فى إسناد ملكية المغصوب لمالكه أثناء حيازة الغاصب شريطة استجماع المعانى التالية :

١ – إمكان رد المغصوب لمالكه دون ضرر يلحق بالغاصب أو غيره .

٢ – عدم اختلاط المغصوب بغيره .

٣ – سلامة المغصوب من التعيب الفاحش الذى يقطعه عما كان عليه فى وصفه أو أصله أو المنفعة المقصودة منه .

والخلاف بين الفقهاء فى ملكية المغصوب إذا اختل فيه أحد هذه المعانى .

فمذهب الأحناف أن المغصوب ينتقل إلى ملك الغاصب فى الأحوال التالية :

١ – إذا تعيب المغصوب فى يد الغاصب تعيبا فاحشا . وحد الفاحش ما يفوت به ربع القيمة فى رأى أو نصفها فى رأى آخر . وينقل الزيلعى ترجيح بعض الأحناف تعريف هذا النوع من التعيب بأنه : (ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة)[1] .

٢ – إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب أو غيره حتى زال اسمها ومعظم منافعها ، كما لو غصب شاة فذبحها أو لحما فشواه أو طبخه ، وكذا لو غصب حنطة فطحنها أو زرعها أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطه قميصا .. أو دقيقا فخبزه أو سمسما فعصره أو عنبا فعصره أو حديدا فضربه سيفا أو سكينا ، أو صفرا أو نحاسا فعمله آنية أو ترابا له قيمة فلبّنه أو اتخذه خزفا أو لبنا فطبخه آجرًا أو نحوه)[2] . ويستثنى من ذلك الذهب والفضة إذا صاغهما الغاصب حليًّا أو آنية فإن حق المالك لا ينقطع فيهما عند أبى حنيفة لبقاء ثمنيتهما ، ويخالفه الصاحبان فى ذلك[3] .

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٢٩/٥ .

(٢) بدائع الصنائع : ١٤٨/٧ . (٣) تبيين الحقائق : ٢٢٦/٥ ، ٢٢٨ ، والبدائع : ١٥٠/٧ .

٣ – إذا كان لا يمكن للغاصب رد المغصوب إلا بضرر يلحقه مما يزيد عن الضرر الذى يدخل على المالك بزوال ملكه . فلو غصب خيطا فخاط به بطنه أو جرحا فى حيوان فإنه لا يكلف الرد ويجب عليه ضمان المثل أو القيمة[١] . وعلى هذا يخرج ما إذا غصب لبنا أو آجرًا أو ساجة ، وهى خشبة كبيرة تدخل فى الأساس لتقويته ، فإن المغصوب منه لا يملك استرداد هذه المواد إذا استخدمها فى بنائه وتصير ملكا للغاصب بالقيمة فى المذهب الحنفى ، بناء على قاعدة دفع الضرر الأشد بالأخف كما ذكر ابن نجيم وابن عابدين[٢] . وذلك (لأن المغصوب بالبناء والتركيب صار شيئا غير الأول لاختلاف المنفعة ، إذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد .. فكان الإدخال إهلاكا معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء ، والمالك وإن كان يتضرر بزوال ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لأنه بمقابلة عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع)[٣] .

٤ – إذا تغيب المغصوب وضمن الغاصب قيمته ملكه الغاصب ، حتى لو ظهر المغصوب بعد ذلك وقيمته أكثر لم يكن لمالكه المطالبة باسترداده ، إذا ما قضى له بقوله أو ببينته فى تحديد قيمة المغصوب أو بنكول الغاصب عن اليمين . وإنما لم تكن له المطالبة باسترداده فى هذه الأحوال لأنه أخذ القمية التى أرادها ورضى بها مما هو فى معنى المبادلة . أما إن قضى له بالقيمة بناء على يمين الغاصب فإن له استرداد العين المغصوبة ورد ما أخذه[٤] .

٥ – ويملك الغاصب المغصوب كذلك بإبراء المالك أو حكم القاضى عليه بضمان المثل أو القيمة[٥] .

والحاصل أن الغاصب يملك المغصوب إذا فات حق المالك فى استرداد ماله ، إما بأدائه للغاصب أو أداء المضمون من المثل والقيمة ، أو الحكم بذلك

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٢٨/٥ ، ومجمع الضمانات : ١٣٦ .
(٢) الأشباه :ص ٨٨ ، وابن عابدين : ١٣٥/٥ .
(٣) البدائع : ١٤٩/٧ .
(٤) تبيين الحقائق : ٢٣١/٥ .
(٥) حاشية ابن عابدين : ١٤٣/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٦/٥ .

أو بنقصان المغصوب نقصا فاحشا ، أو بتغيير المغصوب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ، أو بعدم إمكان الرد إلا بضرر كبير يلحق الغاصب وغيره .

٣٠٣ – سمات ملكية الغاصب للمغصوب : يتسم ملك الغاصب المغصوب فى المذهب الحنفى بالأمور التالية :

١ – أنه ملك ناقص غير مستقر ، ولذا لو مات الغاصب مفلسا كان المغصوب منه أحق بالمغصوب من سائر الغرماء[١] .

٢ – لا يترتب على هذا المالك حق الانتفاع فى الراجح من المذهب قبل أداء الضمان بالفعل إلى مستحقه . وهو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد خلافا لزفر والحسن اللذين أجازا للغاصب حل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان . وفى بعض المتون أنه رواية عن أبى حنيفة ، وكان نجم الدين النسفى ينكر أن يكون هذا قول الإمام .

٣ – ملك الغاصب للمغصوب عند تحقق سببه ملك يرجع إلى وقت الغصب عند الأحناف ، لأنه لما وجب عليه الضمان وهوغرامة المثل أو القيمة فقد ثبت له الملك بدلا عما قام فى ذمته من ذلك . وإذ يستند الضمان إلى سببه وهو العدوان بالغصب فإن ما يترتب عليه وهو الحكم بالملك ينبغى أن يرجع إلى وقت قيام السبب ، وهو حدوث الغصب . وينشأ عن ذلك حل الأكساب التى أفادها الغاصب من المغصوب ، لأنها نشأت فى ملكه ، وبجواز التصرفات التى أقدم عليها الغاصب قبل الحكم عليه بالضمان أو الأداء أو الإبراء ، لأنه قد ظهر بتضمينه أو إبرائه أنه تصرف فى ملكه . ولكن لا تحل له الأولاد والزوائد المنفصلة باعتبارها محلا للغصب كذلك .

٤ – هذا الملك المستفاد بالغصب على مذهب الأحناف ليس إلا نوعا من الملك الاعتبارى الذى أفضت إليه الصنعة القانونية على أساس الضرورة . ذلك

---

(١) حاشية ابن عابدين : ١٣٤/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٦/٥ .

أن فقهاء هذا المذهب يسلمون بأن الغصب عدوان ومعصية ولا يصلح أن يكون سببا لكسب الملكية . غير أن الحكم بالضمان وإيجاب المثل أو القيمة جبرا لما فات على المالك من مال على سبيل البدل لهذا المال يقتضى نقل ملكية المضمون إلى الضامن شرطا لوجوب الحكم عليه بالضمان لا قصدا ، حتى لا يجتمع ملك البدل والمبدل للمغصوب منه . وفى هذا يقول البزدوى : (أما الملك بالغصب فلا يثبت مقصودا به ، بل شرطا لحكم شرعى وهو الضمان ، لأنه شرع جبراولا جبر مع بقاء الأصل على ملكه ، إذ الجبر يعتمد الفوات ، وشرط الحكم تابع له فصار حسنا لحسنه وإنما قبح لو كان مقصودا به)[1] . ويقصر هذا التحليل عن تبرير الرجوع بملكية الغاصب إلى وقت الغصب لارتفاع المحظور فى المذهب وهو الجمع بين البدل والمبدل فى ملك واحد باستناد ملكية الغاصب إلى وقت الضمان بعد تعذر رد العين المغصوبة ، لأن ردها كان هو الواجب منذ وقوع الغصب إلى حين التعذر .

٣٠٤ - مذهب المالكية : يتفق المالكية مع الأحناف فى انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يؤد الواجب عليه بالفعل إلى المالك . وعبارة خليل فى ذلك : (حيث غرم الغاصب القيمة فقد ملك المغصوب)[2] . وكذلك يملك الغاصب المغصوب بتغيره فى المنافع المقصودة منه كما لو كان شاة فذبحها ، ففى حاشية الدسوقى أنه (إذا غصب دابة وذبحها لزمته القيمة بمجرد الذبح وصارت مملوكة للغاصب فيجوز له الأكل منها ويجوز لغيره أن يشترى منها)[3] . وفى بداية المجتهد أن الغاصب إذا عمل فى المغصوب عملا انتقل به الشىء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم كان مفوتا للمغصوب ويجب عليه المثل أو القيمة[4] . وفى ذلك يذكر الخرشى أنه لو غصب

---

(١) أصول البزدوى : ٥٦ .
(٢) الخرشى : ١٤٠/٦ .
(٣) حاشية الدسوقى : ٤٤٤/٣ .
(٤) بداية المجتهد : ٢٤٠/٢ ط . لاهور .

نقرة صيغت أو طيناً لُبّن أو قمحا طُحِن أو بذرا زُرِع فلا تسليط للمالك عليها ويقضى له بمثلها صفة ووزنا ولا يقضى له بعينها لدخول الصنعة فيها . والقاعدة عندهم أن المثلى يلحق بالقيمى ويقضى فيه بالقيمة إذا دخلته الصنعة . ولو غصب بيض أفرخ فحضنهاتحت دجاجته فعليه بيض مثله . ومن غصب عصيرا فتخمر فإنه يقضى بمثله إن علم كيله وإلا فبقيمته[1] .

وعندهم أن الغاصب يملك المغصوب إذا اشتراه من صاحبه قبل رده ، سواء كان المغصوب حاضرا أم غائبا[2] . وفى رواية عن أشهب أنه لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائبا ، (لأن ذات المغصوب قد فاتت بالغيبة عليها ، وصار الواجب على الغاصب إنما هو القيمة . فالذى يجوز للمغصوب منه أن يبيعه إنما هو القيمة لا ذات المغصوب)[3] .

والقاعدة التى نص عليها المالكية أنه إذا حصل مفوت للشىء المغصوب باستهلاكه أو إتلافه انتقل إلى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته[4] .. ومن تطبيقات ذلك أن من غصب خيطا فخاط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه المثل أو القيمة وانتقل عن ملك المغصوب منه .

٣٠٥ – اتجاه آخر : مذهب الشافعية والحنابلة والإمامية أن المغصوب لا يملك بالضمان إلا بأداء قيمته أو بالإبراء منه أو بتعذر رد العين المغصوبة أو للضرورة .

ويتخرج على ملكية المغصوب للضرورة أن يغصب خيطا فيخيط به جرح حيوان ويخاف من قلعه لرده الإ ضرار بهذا الحيوان فإنه يملك الخيط ويؤدى قيمته ولا يلزمه القلع لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة الأموال . غير أنه إذا كان الحيوان مما يؤكل فإن حالة الضرورة ترتفع ، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان

---

(١) الخرشى : ١٣٤/٦ ، ١٣٥ .
(٢) السابق : ١٤٤/٦ .
(٣) حاشية الدسوقى : ٤٥٥/٣ .
(٤) السابق : ٤٥٥/٣ .

ورد الخيط المغصوب ولا عبرة بتضرره لتعديه ، فيما ذهب إليه البعض[1] .

ويملك الغاصب المغصوب إذا تعذر رده بحالته ، كما لو صار الرطب تمرا والسمسم شيرجا والعنب عصيرا والدقيق عصيدة لتبدل العين فوجبت قيمتها وانتقلت إلى الغاصب ملكا مراعى ، بمعنى أنه لا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه[2] . ومن ذلك اختلاط المغصوب بغيره على نحو يتعذر التمييز بينهما ، فيملكه الغاصب ملكا مقيدا إلى حين أداء الضمان . ولذا لو أفلس الغاصب كان المالك أحق بنصيبه في المغصوب من سائر الغرماء[3] . ومثله لو نقص المغصوب نقصا يسرى به إلى التلف ، كما لو أدخل ساجا في بناء وبليت فإن الرد يتعذر . وينتقل هذا النوع من الملك الناقص إلى الغاصب إلى حين أداء الضمان[4] .

وفيما عدا ذلك لا ينشأ للغاصب ملك في المغصوب ويجبر على إعادة العين لصاحبها إن أمكن ذلك ، فمن غصب شيئا وغير فيه حتى تبدل الاسم والمنفعة المقصودة لم يملكه بذلك ولا يجبر صاحبه على المعاوضة فيه . وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٣٨٥ من مجلة الأحكام الشرعية حيث جاء فيها : (لا أثر لعمل الغاصب في المغصوب ولو تغير به اسمه . مثلا : لو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو صاغ الفضة أو الذهب حليا أو ضرب الحديد سيفا أو زرع الحب أو عالج البيض فصار فراخا أو غرس أغصانا فصارت شجرا لزم رد العين مع أرش النقص إن نقصت العين أو القيمة ، ولا يجبر أحدهما على المعاوضة ، ولا شيء للغاصب مقابل عمله ولو زادت به القيمة من غير فرق بين أن يكون عمل بنفسه أو استأجر عليه غيره وليس على المالك شيء من الأجر) . وليس من قبيل الضرورة ما لو غصب لوحا وأدخله في سفينته ويكلف بقلعه منها حين ترسو ولا يلتفت

---

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني : ص ٢١٥ ، ٢١٧ ، والمبدع : ١٦١/٥ ، والإنصاف : ١٣٩/٦ ، وكشاف القناع : ٨٤/٤ وما بعدها وشرائع الإسلام ٢٣٩/٣ ، ٢٤٢ .

(٢) نهاية المحتاج : ١٧٣/٥ ، ١٨٧ ، والمبدع : ١٦٣/٥ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٨٤/٥ .

(٤) مهذب : ٣٧٣/١ .

إلى تضرره ، لأنه هو الذى تسبب فيه[1] . وكذا لو سمر باباً بمسامير مغصوبة فإنه يقلعها ويردها إلى مالكها[2] . وإن غرس فى الأرض المغصوبة أو بنى عليها كلف قلع الغرس وهدم البناء . ولو غصب ثوبا فصبغه أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فصاغهما أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك إلى مالكه لأنه عين ماله[3] . ولو غصب شيئا فضاع منه وغرم قيمته للمالك ثم وجده بعد أداء القمية ردّه وأخذ القيمة ، لأنه لم يملكه[4] . وكذا لو غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فخاطه أو شاة فذبحها وشواها أو غصنا فغرسه وصار شجرة أو نحاسا أو رصاصا فاتخذ منها آنية وجب عليه رد ذلك ولا يملكه عند الجمهور[5] .

٣٠٦ – موازنة : وبهذا فإن الجمهور يختلفون مع الأحناف والمالكية فى الأمور التالية :

(أ) المضمون لا يملك بالضمان عند الجمهور إلا فى تلك الاستثناءات التى تبلغ مبلغ الضرورة ، خلافا للأحناف الذين أسندوا الملك للغاصب فى مقابل الضمان خشية اجتماع البدل والمبدل فى ملك المغصوب منه . والمالكية أقرب إلى مذهب الأحناف فى ذلك .

(ب) استناد ملكية الغاصب للمغصوب إلى وقت الغصب عند الأحناف وإلى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور . ويترتب على الخلاف فى ذلك اختلافهم فى حل الأكساب والمنافع المتولدة من المغصوب حسبما تقدم .

(ج) الضمان عند الجمهور فى مقابلة فوات اليد المحقة ، ولا ينتقل الملك بوجوبه لأن هذا الفوات لا يصلح أن يكون سببا شرعيا لهذا النقل . أما عند الأحناف فإن سبب الضمان فيما يبدو هو تعذر رد العين المغصوبة .

ومذهب الجمهور أولى بالاعتبار لما يتضمنه الحكم بنقل الملك إلى الغاصب

---

(١) المبدع ١٥٩/٥ ، والمهذب : ٣٧٣/١ .
(٢) المبدع : ١٦١/٥ .
(٣) السابق ، ومادة ٣٩١ من المجلة الشرعية .
(٤) المبدع : ١٨٤/٥ ، وتخريج الفروع على الأصول : ٢١٩ .
(٥) تخريج الفروع على الأصول : ٢١٩ .

من معنى الإجبار للمغصوب منه على المعاوضة عن ماله ، وهو لا يجوز إلا لقيام الضرورة التي ينبغى أن تقدر بقدرها ، كما هى القاعدة الفقهية .

المطلب الثالث : نفي الضمان فى الاستيلاء على مال الغير

٣٠٧ – لا يوجب الاستيلاء على مال الغير الضمان مطلقا ، بل ينتفى هذا الضمان فى عدد من الأحوال التى يجمعها هذان الأمران :

أولهما : الاستيلاء على أموال الغير بإذن منه صراحة أو ضمنا أو بولاية شرعية عليه .

والآخر : انتفاء الفائدة فى إيجاب الضمان .

وأوضح فيما يلى كلا من هذين الأمرين :

٣٠٨ – الاستيلاء بالإذن : لا يجب الضمان إذا استند الاستيلاء على مال الغير إلى ولاية شرعية أو إذن المالك صراحة أو ضمنا فإنه لا يعد استيلاء غاصب ولا يجب به الضمان ، لكونه مأذونا فيه وجائزا شرعا ، والجواز الشرعى ينافى الضمان . ولذلك فإن استرداد القاضى أو أمينه أو ولى المالك أو وكيله للمغصوب من الغاصب ليس من قبيل الغصب ، ولا يجب الضمان بوضع أيديهم على المغصوب لأنها أيدى أمانة باتفاق المقهاء[1] .

والخلاف فيما إذا تطوع لأخذ المال من الغاصب بنية رده على مالكه ، فمذهب بعض الشافعية أنه لا ضمان على الآخذ من الغاصب أو السارق للرد على المالك إذا كان المال معرضا للضياع ، وهو الذى رجحه السبكى ، بناء على وجود الإذن من المالك ضمنا باستنفاذ ماله فإنه لا يرضى بضياعه . وكذا لو فرت دابة من صاحبها وأمسك بها أحد ليردها عليه إن تلفت فى يده قبل تمكنه من ردها ، وذلك لعلمه برضا صاحبها بإمساكها له حفظا لها من الضياع . ومن ظفر بمتاع لصديقه أو استخلصه ممن أراد أخذه ليرده فلا يضمن على هذا التوجيه

---

(١) نهاية المحتاج : ١٥٤/٥ ، وحاشية الجمل : ٣٧٤/٣ ، وحواشى الشروانى وابن قاسم : ١٤/٦ .

لاستناده فى هذه الحيازة إلى إذن المالك على وجه الدلالة[١] . ويؤيد ما رجحه السبكى أن الأخذ للمال المعرض للضياع بنية رده إلى مالكه ، إذا ثبتت هذه النية بعدم مضى الوقت الذى يتمكن فيه من الرد ، لا يكون مستوليا على المال استيلاء غصب فى العرف . وهو المدار فى تحديد مفهوم الاستيلاء المثبت للغصب . أما أخذ المال غير المعرض للضياع ولو بنية إعطائه إلى مالكه فإنه لا يمنع الغصب لانتفاء استناد هذا الأخذ إلى إذن المالك . .

ورغم قوة الأدلة التى يستند إليها ترجيح السبكى فإن جمهور الفقهاء يرون إيجاب الضمان على المتطوع بأخذ المال بنية رده إلى مالكه ولو كان معرضا للضياع . وهو مذهب الأحناف ؛ ففى حاشية ابن عابدين : لو أخذ المغصوب (من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الأول)[٢] . وهو الراجح فى المذهب الشافعى كذلك ، فقد نصوا على أن من (وجد متاعًا مع سارق أو منتهب وعلم أنه إذا لم يأخذه ضاع على صاحبه لعدم معرفته الآخذ فأخذه منه ليرده على صاحبه ، ولو بصورة شراء ، أنه يضمنه ، حتى لو تلف فى يده بلا تقصير غرم بدله لصاحبه ، ولا رجوع له بما غرمه على مالكه لعدم إذنه له فى ذلك)[٣] . ويستند القائلون بذلك إلى أن الآخذ غير مأذون فى الاستيلاء على مال غيره فيعد غاصبا ، ولأن المال مضمون على الغاصب ولا حاجة بصاحبه إلى نقل المال ليد غير ضامنة فيلزم عنه عدم إذنه فى أخذ المغصوب إلا على وجه الضمان . ويستثنى أصحاب هذا الرأى حالة أخذ المال ممن ليس من أهل الضمان كالحربى لعدم الفائدة فى تضمينه ، ويعد الآخذ للمال منه أمينا لا يلزمه ضمانه إلا بالتعدى أو التقصير[٤] .

٣٠٩ – انتفاء الفائدة فى إيجاب الضمان : ينتفى الضمان لانتفاء الفائدة فى إيجابه بكون الغاصب غير أهل للضمان كالحربى . أما على مذهب الأحناف

---

(١) نهاية المحتاج ١٤٧/٥ ، وحواشى الشروانى وابن قاسم : ١٤/٦ .
(٢) حاشية ابن عابدين : ١٣٩/٥ .
(٣) نهاية المحتاج : ١٤٧/٥ ، وحاشية الجمل : ٤٧٤/٣ .
(٤) الخرشى : ١٣٠/٦ ، وحاشية الجمل : ٤٧٤/٣ .

فواضح من جهة أنهم يرون دخول أموال المسلمين فى ملك الكفار باستيلائهم عليها ، لأن الحكم بتحريمها عليهم من الفروع ، وهم غير مخاطبين بها إلا بعد قبولهم لأصل الدين والإيمان[١] ، فإذا غصبوا أموال المسلمين دخلت فى ملكهم ولا يجب عليهم ضمانها . ويرى الشافعية هذا الرأى أيضا ؛ ففى المغنى أنه (لو غصب الحربى مال مسلم أو ذمى ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان ، ولو كان باقيا وجب رده)[٢] . وإنما قالوا بعدم الضمان لانتفاء الفائدة فى إيجابه ؛ فمذهبهم (أن الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدراهم لا يملكونها .. لأنها معصومة محرمة التناول)[٣] .

وكذلك لا يجب الضمان على البغاة فيما أتلفوه فى ثائرة الحرب من نفس أو ال ، بخلاف ما أتلفوه فى غير ثائرة الحرب فهو مضمون عليهم . والاتجاه المرجوح فى الفقه الإسلامى لا يفرق هذا التفريق ويوجب ضمان ما أتلفه البغاة على أهل العدل من نفس أو مال ، لحفظ الشارع لهما ولأن المعصية لا تصلح أن تكون سببا للتخفيف عنهم بإسقاط الحقوق والغرامات التى وجبت عليهم بتعدّيهم . أما الرأى الراجح الذى لا يرى ضمان التالف فى ثائرة الحرب فيستند أصحابه إلى إجماع الصحابة عقب أحداث الفتنة الكبرى بين على ومعاوية رضى الله عنهما على ألا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن . ولأن تضمين البغاة ينفرهم من الرجوع إلى الطاعة . وكذلك فإن هناك صعوبات عملية عديدة فى رد الإتلاف إلى سببه[٤] .

ولا خلاف مع ذلك فى أن على البغاة بعد انتهاء الحرب رد ما بأيديهم إلى أصحابها . وفيما يلى مناقشة الفعل الثانى الموجب للضمان ، وهو الإتلاف ، سواء ورد هذا الفعل على النفس الإنسانية وما دونها أو على الأموال .

---

(١) التوضيح : ٣٩٠/١ وما بعدها .

(٢) مغنى المحتاج : ٢٧٧/٢ .

(٣) تخريج الفروع على الأصول : ٢٠٠ .

(٤) البحر الرائق : ١٥٣/٥ ، والأحكام السلطانية للماوردى : ٥٠ ، ونهاية المحتاج : ٣٨٦/٧ ، ٣٨٧ ، والمغني لابن قدامة : ٦٠/١٠ ، ٦١ ، والشرح الكبير فى الموضع نفسه .

الفصل الثانى : الإتلاف

المبحث الأول : مفهوم الإتلاف

٣١٠ – معنى الإتلاف : يرد الفعل تَلِف بمعنى هلك ، فتلَف المال معناه هلاكه وخروجه عن صورته المقصودة للانتفاع بها ، مما قد يحدث بآفة سماوية أو غيرها . ويفترق التلف لهذا عن الإتلاف الذى يلحظ فيه فاعل معين .

ويعرف الكاسانى الإتلاف بأنه هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة منه فى العادة[1] . وهذا التعرف التقريبى لمفهوم الإتلاف لا يخرج عن المعنى اللغوى المتبادر للذهن من هذا اللفظ . ونتيجة الاستناد إلى هذا العموم أن كل ما يعده الناس إتلافا فهو كذلك وإن لم يؤثر فى الانتفاع ، فتأثر الجسم الخارجى للسيارة نتيجة الصدام بها من قبيل الإتلاف لغة وعرفا وإن قامت بوظائفها المعتادة . وسيتضح ذلك بالتعرف على تقسيم المتلف من حيث كونه نفسا أو مالا ، وتقسيم التلف إلى كونه جزئيا أو كليا . أما التقسيم الأول فيشير إليه الكاسانى بقوله : (الإتلاف لا يخلو إما إن ورد على بنى آدم وإما إن ورد على غيرهم من البهائم والجمادات . فإن ورد على بنى آدم فحكمه فى النفس وما دونها نذكره فى كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى . وإن ورد على غير بنى آدم فإنه يوجب الضمان إذا استجمع شرائط الوجوب)[2] . ويتضح من هذا النص أمران : أولهما أن المتلف قسمان : النفس والمال . والآخر أن الفقهاء يعالجون أحكام الإتلاف الواقع على النفس بما يوجبه من زواجر وجوابر ضمن أبواب الجنايات على حين يعالجون أحكام الإتلاف الواقع على المال ضمن أبواب الضمانات . ويتسع هذا المبحث للنظر فى أحكامهما معا باعتباره أمرا تفرضه وحدة

---

(١) البدائع : ١٦٤/٧ .

(٢) السابق .

الموضوع من جهة ، ولأنه الطريق إلى تصور النظرية العامة لضمان الإتلاف في الفقه الإسلامى .

أما التقسيم الآخر للإتلاف إلى كلى وجزئى فيوضحه الكاسانى كذلك بتعريفه لكل من هذين النوعين من الإتلاف . والإتلاف الكلى عنده هو ما يحصل به خروج المتلف عن صورته ومعناه ، بحيث لا يبقى صالحا للانتفاع به المنفعة التى كان معدًّا لها . من ذلك استهلاك الشمعة بالاستضاءة بها ، فقد خرجت بذلك عن صورتها التى كانت لها ، كما ذهب معناها ولم يعد الانتفاع بها ممكنا . ومنه قتل دابة إنسان أو حرق ثوبه أو قطع شجرته أو إراقة عصيره أو هدم بنائه . ومنه فى العدوان على البدن الإنسانى القتل وقطع أحد الأطراف باعتباره إتلافا لصورة هذا العضو ومعناه . أما الإتلاف الجزئى الذى يرد على المعنى دون الصورة بتعبير الكاسانى فيعرفه بأنه : إحداث معنى فيه (أى المال) يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة)[1] . ومن أمثلته فوت جزء من أجزاء العين أو فوت وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد ، أو فوت معنى مرغوب فيه فى العين كالعبد المحترف إذا نسى الحرفة فى يد الغاصب وكما لو كان شابا فشاخ فى يده[2] . ويقابله فى الجنايات التعدى بإتلاف منفعة العضو مع بقاء صورته ، كما لو ضربه على يده فشلت أو نقصت فى وظيفتها .

وينقسم الإتلاف بالنسبة للفعل الذى يستند له إلى إتلاف بالمباشرة أو بالتسبب .

جاء فى المادة ٨٨٧ من المجلة العدلية تعريف الإتلاف مباشرة بأنه هو (إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، ويقال لمن فعله فاعل مباشر) . أما الإتلاف تسببا فتعريفه حسبما جاء فى المادة ٨٨٨ من المجلة المذكورة هو أنه (التسبب فى تلف شيء ، يعنى أن يحدث فى شيء ما ما يفضى عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب ، فإن من قطع حبل

---

(١) السابق : ١٦٥/٧ .
(٢) حاشية ابن عابدين : ١٣٢/٥ .

قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . وكذا إذا شق واحد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا) : ويشتمل الإتلاف بالتسبب على صور متنوعة للتعدى ، لا تتناهى ، من بينها الحيلولة والسعاية والدلالة والإهمال والترك والتعسف فى استعمال الحقوق والطيش أو النزق وكل ما يؤدى إلى الإضرار بالآخرين من تصرفات ، سواء جاءت على سبيل العمد بقصد الإضرار أو وقعت إهمالا وغير مصحوبة بمثل هذا القصد . ويعرف بعض الفقهاء التسبب بما لا يخرج عن هذا المعنى ، فذكروا أنه عبارة عن فعل ما يقع التلف عنده ولكن بعلة أخرى . والعمل بهذا فى تحليل البعض مجرد شرط للتلف الناشيء عن تأثير العلة ، وإن وجب به الضمان اتفاقا لأنه هو الذى يهيىء العلة للتأثير .

وتنقسم المباشرة فى الاصطلاح الفقهى إلى مباشرة ناجزة فى إحداث التلف فورا دون إبطاء وإلى مباشرة مولدة ، وهى تلك التى لا تفضى إلى نتيجتها على الفور بل بمضى الوقت . وبهذا فإن من يعمد إلى كسر قلم غيره أو تمزيق أوراقه أو إحراقها فإن فعله هذا من قبيل المباشرة الناجزة . أما من يجرح أحدا جرحا يسرى به إلى التلف فإنه يكون من قبيل المباشرة المولدة . ومع ذلك فإن ابن حزم يستخدم التولد بمعنى المباشرة الناجزة[1]. وسيأتى تفصيل أحكام المباشرة والتسبب فيما بعد . ويستند إلى ما تقدم تعريف الإتلاف بأنه التعدى بارتكاب فعل غير مشروع أحدث ضررا للغير فى نفسه أو ماله بالتأثير فى المنفعة المعتادة أو الصورة أو التغيير فيهما معا ، سواء كان ذلك التغيير كليا أو جزئيا ، وكان هذا الضرر مما أوجب الشارع جبره بعينه أو بنوعه وجنسه . وأركان الإتلاف الموجب للضمان كما يتضح من هذا التعريف هى نفسها أركان الفعل الموجب للضمان عموما ، وهى : التعدى ، والضرر ، وعلاقة السبب بينهما .

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامى بإشراف محمد أبى زهرة ، وإصدار جمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة : ٥٩١/٢ .

وعادة ما يبحث الفقهاء أحكام الإتلاف للأموال فى آخر مبحث الغصب فى كتبهم على حين يبحثون الإتلاف للأنفس وما دونها فى مباحث الجنايات . وذلك لأن الغصب والإتلاف للأموال والأنفس وما دونها يؤلفان معا أهم أسباب الضمان الناشىء عن العدوان .

٣١١ — بين الإتلاف والغصب : يشترك الإتلاف والغصب فى كونهما أهم أسباب الضمان ولكنهما يختلفان فى الأمور التالية :

الأول : الغصب عدوان على حيازة المالك لماله ، ولا يؤثر فى الملك عند الجمهور خلافا للأحناف حسبما اتضح فيما سبق . أما الإتلاف فهو عدوان على المال أو النفس أو ما دونها بالتأثير فى الصورة والمعنى أو فى أيهما .

الثانى : الغصب إنما يجرى فى الأموال عموما أو فى المنقولات وحدها عند الأحناف خلافا للإتلاف الذى يجرىَ فى الأموال والأبدان .

٣١٢ — التعدى : يشترط فى الإتلاف الموجب للضمان أن يكون نتيجة لفعل غير مأذون فيه شرعا بالنظر إلى ذات هذا الفعل أو باعتبار مآله ، فالضرب والقتل والحفر فى الطريق العام وإلقاء الأشياء فيه يوجب ضمان ما ينشأ عنه من ضرر ، لأن كل فعل من هذه الأفعال محرم شرعا . ولا يختص التعدى بارتكاب الفعل المحرم وإنما يشمل ترك الواجب كذلك حسبما تقدم . أما أداء المباح واستعمال الحقوق فالأصل ألا يكون من التعدى وألا يجب الضمان به إلا إذا أدى إلى الإضرار بالغير لاقترانه بوصف من الأوصاف المنهى عنها شرعا ، كالإهمال ومجاوزة المألوف . وإنما يصير الفعل إلى التعدى والحرمة بعد الإباحة بالنظر إلى الأوصاف المغيرة لحكمه فى الأحوال التى ضبطها الشاطبى ، وهى :

(أ) صيرورة المباح إلى الحرمة لما اقترن به من قصد الإضرار بالغير ، كأن يرخص أحد الباعة فى ثمن سلعته قصدا إلى تفليس تاجر آخر يجاوره . فالبيع بالثمن الأقل مباح ، لكنه اكتسب الحرمة بالقصد إلى الضرر .

(ب) اكتساب الحرمة مع انتفاء القصد إلى الإضرار لأداء الفعل إلى الإضرار فى العادة أو الأعم الأغلب كأن ينطوى الفعل على نوع من الإهمال والتقصير ، كما لو لم ينتظم الطبيب فى زيارة مريضه عقب إجراء جراحة له فإنه

يعد متعديا ويضمن ما أضربه ، وذلك لأن أداء الفعل إلى الضرر على ذلك الوجه (لا بد فيه من أحد أمرين : إما تقصير فى النظر المأمور به ، وذلك ممنوع ، وإما مظنة قصده إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا .. لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدى على الجملة)[1] .

وبهذا فإن التعدى شرط فى الإتلاف الموجب للضمان ، سواء كان هذا التعدى راجعا إلى قصد الإضرار أو إلى التقصير والإهمال . أما القاعدة الفقهية التى توجب الضمان بالمباشرة مطلقا بلفظ : (المباشر ضامن وإن لم يتعدَّ) فمحمولة على تفسير التعدى باستحقاق الإثم ، وهو ليس بشرط فى إيجاب الضمان . أما التعدى الذى نشترطه لإيجاب الضمان فيعنى الافتيات على حقوق الغير فى أبدانهم أو أعراضهم أو أموالهم إذا كان هذا الافتيات مما لا يقره الشارع ، سواء بالقصد إلى هذا الافتيات أو بوقوعه على سبيل الإهمال أو التقصير . ولا يضمن المباشر للفعل ما تولد عنه من ضرر إذا انتفى اشتراط التعدى بهذا المعنى ؛ فمن صال على معصوم من نفس أو بضع أو مال فدفعه أحد (دفعا لا يقصد قتله إن أدى إلى القتل فهو هدر لا يُضْمن ، حتى الصبى والمجنون وكذلك البهيمة ، لأنه ناب عن صاحبها فى دفعها)[2] . وينتفى الضمان فى المباشرة كذلك إذا كانت أداء لواجب ، كما لو باشر الطبيب قطع عضو لمريض رجاء الحفاظ على حياته ، وكما لو حكم القاضى بقتل شخص قصاصا أو فى حرابة . وينتفى الضمان كذلك إذا لم يهمل المباشر واستند السبب إلى المتضرر نفسه ؛ ففى مجمع الضمانات أنه (لو مر رجل على ثوب موضوع فى الطريق وهو لا يبصره فتخرق لا يضمن)[3] . وإنما لم يضمن مع مباشرته الإتلاف لأنه لم يقصد إيقاع الضرر ، حيث لم يبصر الثوب ، كما أنه لم يهمل ، إذ لا يجب على الناس النظر إلى مواطىء أقدامهم ، وإنما كان التعدى من صاحب الثوب الذى تركه ملقى فى الطريق فلا يضمن . وينبغى لهذا ألا يظن أن الفقهاء المسلمين يحكمون بوجوب الضمان

---

(١) الموافقات للشاطبى : ٣٤٩/٢ .
(٢) الفروق للقرافى : ١٨٣/٤ .
(٣) مجمع الضمانات : ١٤٧ .

على المباشر مطلقا ، إذ يتقيد هذا الحكم بتعدى المباشر على سبيل القصد أو الإهمال ، فإن لم يتعد انتفى الضمان .

٣١٣ – القصد والإهمال : يوجب الإتلاف بالمباشرة أو التسبب الضمان ، سواء صدر الفعل على سبيل القصد أو الإهمال ، بناء على القواعد الشرعية العامة القاضية بتحمل كل إنسان نتيجة فعله وإذا كان الضابط فى تحديد القصد السيء من الفعل هو الاعتماد على القرائن فإن الضابط فى نسبة تصرف معين إلى الإهمال والتقصير هو العرف أو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس . ولا يشترط قيام القاضى بإثبات القصد السيء لإيجاب الضمان ، بل يكفى مجرد إثبات مجاوزة المعتاد فى الفعل لقيام مسئولية فاعله عما تولد عنه من نتائج ، بحكم أن الضمان من خطاب الوضع الذى لا يشترط فيه القصد ولا الإدراك .

ويقابل معيار مجاوزة المعتاد فى الفقه الإسلامى معيار المعقولية Reasonableness فى القانون الانجليزى . ولا شك فى استناد المعيار الذى أخذ به القانون العرفى الانجليزى إلى المعتاد المألوف بين الناس من حيث رجوع الحكم بالقبول العقلى لفعل من الأفعال إلى اتفاق هذا الفعل مع المواضعات الاجتماعية . وهذا هو الذى أدركه (داياس) وزميله فى قولهما بأن اتفاق الفعل مع المواضعات الاجتماعية السائدة أمر كاف فى العادة لإثبات حرص فاعله وبذله قدرا معقولا من العناية أثناء إتيانه لهذا الفعل[1] .

ويستلزم الاستناد إلى معيار مجاوزة المعتاد لإيجاب الضمان الحكم بوجوب التزام المألوف المعتاد بين الناس فى السلوك لنفى الضمان . ومعناه أن الشارع قد أوجب على الناس التحوط فى سلوكهم والتبصر كى يلتزموا بما هو مألوف فى مجتمعهم وإلا وجب عليهم الضمان . ويختلف واجب الرعاية باختلاف المواقف وأنواع الخطر المحتملة الوقوع ، فمن يقود سيارة مطالب فى العرف العام باتباع درجة من الحذر والتحوط أكثر مما يجب من ذلك على راكب الدراجة أو الدابة بوجه عام . وقد يفسر ذلك ما جاء فى مجمع الضمانات من أن من دخل

---

(١) Tort Law, Dias and Mer kesinis P. 61 .

دار آخر (بأمره فعثر على جرة فانكسرت لا يضمن ولو عثر على صبى فقتله يضمن)[1] . توضيحه أنه لا فرق بين العثور على الجرة وبين العثور على الصبى من جهة الإذن فى الدخول ومباشرة العاثر ، وإنما الفارق الذى اقتضى الحكم بالضمان فى إحدى الصورتين دون الأخرى هو أن الاحتياط الواجب بالنسبة للجرة أقل من الاحتياط الواجب بالنسبة للصبى ، بمعنى أن فعله لا ينسب إلى الإهمال عرفا وعادة إذا انصرف نظره عن الجرة ولم يرها أثناء دخوله إلى الدار التى أذن له بدخولها ، على حين أنه يعد مهملا فى العرف والعادة إذا لم يتبين وجود الصبى فى طريقه . والمبدأ الذى يستنبط من ذلك أن النظر الواجب شرعا يزيد بزيادة الضرر المحتمل حدوثه . ولعل الهدف من وضع هذه المسألة إنما هو إرساء هذا المبدأ ولفت النظر إلى أن درجة التحوط المطلوبة لحماية الطفل أعلى بكثير من درجة التحوط اللازمة لحماية الجرة ، ولذلك فإنه قد لا يعد مقصرا إذا بذل حدًّا من العناية ، لم يمنعه من إتلاف الجرة . على حين يعد مقصرا إذا بذل الحد نفسه من العناية وتولد عن فعله إتلاف الصبى جزئيا أو كليا . ولا يقدح فى استنتاج مبدأ (زيادة التحوط الواجب بزيادة الضرر المحتمل) من هذه المسألة التفريق بين الصبى والجرة فى الضمان وعدمه بناء على حركة الأول دون الثانى ، فإن هذا التفريق نوع من التفسير لوقائع المسألة ، وليس نقضا للمبدأ الذى جاءت فيما يبدو لى لإقراره . ويؤكد وعى الفقهاء بهذا المبدأ تدرج أنواع المصالح العامة التى تغيت الأحكام الشرعية تحقيقها فى نظام يُقَدِّم حفظ المصالح المتعلقة بالنفس والبدن على المصالح المالية . ويستند هذا المبدأ إلى السلوك المألوف المعتاد للناس بحيث يعد تفريعا على قاعدة العرف .

ويتفرع هذا المبدأ نفسه فى القانون الانجليزى عن معيار المعقولية Reasonableness الذى يضبط أنواع الإهمال . ومن تطبيقاته قضية Paris v. Stependi Borough Council (١٩٥١) التى أصيب فيها المدعى بالعمى لدخول شظية فى عينه السليمة الوحيدة التى كان يرى بها . وإنما حكمت المحكمة على المدعى عليه بالمسئولية لأنه لم يزود المدعى بالأغطية الواقية Goggles مع

---

(١) ص : ١٥٢ .

علمهم بعاهته التى كانت توجب زيادة التحوط الواجب بالنسبة للعمال ذوى العينين السليمتين . وقد جاء فى حيثيات حكم المحكمة أن على أصحاب العمل اتخاذ احتياطات أشد كلما زادت خطورة الضرر المحتمل وقوعه على العمال[1] .

٣١٤ – أما إذا انتفى القصد والإهمال باتفاق الفعل مع المواضعات السائدة والأعراف الاجتماعية فى التحوط والعناية فلا يجب الضمان استنادا إلى قاعدة : الجواز الشرعى ينافى الضمان . ولذلك لا يضمن من يرش الطريق أمام دكانه أو داره رشا خفيفا معتادا ويقع فيه أحد[2] . وكذلك (لو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان أو دابة لا يضمن شيئا ، لأنه لم يحدث فى الطريق شيئا ، وإنما كنس الطريق كى لا يتضرر المارة بالغبار . ولو جمع الكناسة فى الطريق فقتل بها إنسان ضمن)[3] . وقد اختلف فقهاء الأحناف فى إيجاب الضمان بإلقاء الثلوج فى الطريق تفريغا للدور منها ؛ فذهب أبو الليث إلى عدم إيجاب الضمان بكنس الثلوج من الدور وإلقائه فى الطريق نافذا أو غير نافذ . ومذهب محمد أن إلقاء الثلج فى الطريق النافذ يوجب الضمان . ويحمل بعضهم مذهبه هذا على أن العرف لم يكن يبيحه ، (لأن الثلج يقل هناك أو لايكون) فى البيئة التى عاش فيها محمد ، ولذا فإنه لا خلاف فى أن إلقاء الطين والتراب أو الحطب أو ربط الدابة فى الطريق النافذ موجب للضمان[4] .

٣١٥ – شروط الإتلاف الموجب للضمان : يشترط فى الإتلاف الموجب للضمان الشروط العامة التالية :

أولا : التعدى بالقصد السىء أو بالتقصير والإهمال ، فإذا انتفى التعدى انتفى الضمان حسبما اتضح فيما سلف . وإنما يوصف الفعل بالتعدى إذا كان محرما لذاته أو لغيره ، كما إذا كان الفعل مباحا وصحبه الإهمال أو التقصير . ومعيار التقصير أو الإهمال هو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس . وينتفى التعدى كما اتضح

---

(١) Tort Law, Dias P, 59 .

(٢) مجمع الضمانات : ١٧٧ .

(٣) مجمع الضمانات : ١٧٧ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٨١ .

فيما سبق بكون الفعل أداء لواجب وبموافقة المواضعات الاجتماعية السائدة . ويرجع الخلاف فى إيجاب الضمان بإلقاء الثلوج فى الطريق إلى اختلاف هذه المواضعات ، فلم يتسامح محمد فى هذا الإلقاء لأن الناس لم تكن تلجأ لذلك فى مجتمعه فيجب الضمان على من فعله ، بخلاف البيئات الأخرى التى كانت تضطر إلى إلقائه فى الطرقات لكثرته فى بلادهم وحاجتهم إلى تخلية بيوتهم منه .

ثانيا : تحقيق الإضرار بالغير فى نفسه أو ماله ، سواء كان التلف كليا أو جزئيا . أما إذا لم يوجد ضرر فلا ضمان ، لأنه شرع لجبره ورفعه فإذا لم يوجد ضرر فلا ضمان . وفى هذا يختلف الفقه الإسلامى عن القانون الانجليزى الذى لا يشترط هذا الشرط بوجه عام للحكم بالمسئولية . ولا شك فى دلالة الحكم بهذا النوع من المسئولية المطلقة Strict Liability على دخول أرض الغير فى جميع الأحوال على انحياز القانون لطبقة أصحاب الأراضى والإقطاعيين الذين أرادوا تأكيد سلطانهم على أراضيهم بإيجاب التعويض على كل من يدخل أرضهم وينتهك حماها . وهذا الجزاء أشبه بالعقوبة .

ثالثا : أهلية الإتلاف : تثبت عند جمهور الفقهاء بما تثبت به أهلية الأداء المنوطة بوصف الإنسانية ، دون اشتراط العقل والتمييز ، فتثبت أهلية الإتلاف للصبى والمجنون والسكران والمغمى عليه والمعتوه . ولكن ذهب بعض المالكية إلى اشتراط العقل والتمييز فى أهلية الإتلاف ، ولذلك اعتبروا إتلاف غير المميز معدوم الأثر كفعل العجماوات . واختار بعض المالكية إلقاء المسئولية على غير المميز فى إتلاف الأنفس دون الأموال . والراجح عندهم موافقة الجمهور فى أهلية غير المميز للضمان بالإتلاف مطلقا[1] . وقد ذهب الظاهرية إلى نفى أهلية غير المميز فى الضمان بالإتلاف ، وألحقوا به المغمى عليه . والسكران ، باعتبارهم جميعا غير داخلين فى الخطاب الشرعى ، بخلاف النائم فإنه يضمن ما أضر به غيره أثناء نومه لدخوله فى الخطاب الشرعى[2] .

---

(١) الخرشى : ١٣١/٦ .

(٢) المحلى : ٣٩/١١ فقرة ٢١٣٠ .

ويلفت النظر اتفاق ما أخذت به القوانين الوضعية مع مذهب الظاهرية وبعض المالكية فى اشتراط التمييز لقيام المسئولية . ولعل شيوع هذا الاتجاه الفقهى فى الأندلس الإسلامية هو السبب فى هذا الاتفاق .

وتثبت أهلية الضمان بالإتلاف لجماعة المسلمين فى تضمين بيت المال ديات من لا يعرف قاتله ، إعمالا لمبدأ لا يطل دم فى الإسلام وتحقيقا للتكافل الاجتماعى . وتفصيله فى أحوال وجوب القسامة فى كتب الفقه . ويشبه هذا الحل ما أخذت به انجلترا فى عام ١٩٤٦ حين انشأت نظاما يعمل على تعويض المصابين فى حوادث السيارات التى لم يستدل على أصحابها أو فى الحالات التى لا يستطيع أصحاب أصحاب السيارات الوفاء بقيمة التعويضات المستحقة للمصابين[١] . كما يشبهه كذلك ما أخذت به انجلترا فى هذا القرن أيضا حين أنشأت مؤسسة لتعويض المصابين فى الجنايات والجرائم إذا لم يعرف الجانى أو إذا كانت حالته المالية لا تمكنه من الوفاء بالتعويضات المستحقة عليه . ويطلق على هذه الهيئة هيئة التعويض عن الإصابات الجنائية Criminal Injuries Compensation Board[٢] .

رابعا : القدرة على الإتلاف بمعنى أن ينسب التلف إلى من له قدرة على إحداثه بالمباشرة أو بالتسبب . وهذه القدرة أو القوة المشترطة لإيجاب الضمان إما أن تكون قوة مادية حسية أو شرعية اعتبارية . ولهذا لا يضمن الصبى الراكب على الدابة ما وطئته إذا كان لا يستطيع إمساك نفسه على الدابة . والصبى والمجنون لا يتحملان من الدية الواجبة على العاقلة شيئا ، لأنهما ليسا من أهل النصرة . وللنائم قدرة على الإتلاف بثقله كما لو إنقلب على صبى إلى جواره فقتله . أما القوة الشرعية فتعنى الأهلية لاستعمال حق يؤدى إلى الإضرار بالغير ، وذلك كالشهادة ، فأهلية تحملها وأدائها قد توجب الضمان إذا ظهر كذب الشاهد . أما إذا لم تكن للمرء أهلية للشهادة ، كالصبى فإنه لا يتصور إيجاب الضمان برجوعه عن شهادته .

خامسا : عصمة الشيء التالف . لا يوجب الإتلاف الضمان إلا إذا كان

(١) Dias P. 30 .

(٢) السابق : ص ٢٨ .

الشيء المتلف معصوما شرعا . وإنما تنتفى العصمة بزوال سببها أو بارتكاب الجرائم المهدرة . توضيحه أن سبب العصمة فى الدولة الإسلامية للدماء والأموال هو الإيمان بالدين الإسلامى أو الأمان وهو الدخول فى عقد الذمة ، فإذا زال أى من هذين السببين بالردة أو بنبذ العهد والسلوك مسلكا مخالفا لما يوجبه زالت العصمة . وتزول كذلك بارتكاب جريمة من الجرائم المعاقب عليه بالقتل أو القطع كزنا المحصن والحرابة والبغى والقتل والسرقة والتعدى بقطع ما يجب فى قطعه القصاص[1] . ومن ثم فإن قتل الحربى والمرتد لا يوجب الدية لأن الشارع أهدر دمهم ونفى العصمة عنهم . وكذلك لو أتلف العادل مال الباغى لا يكون مضمونا لإهداره . ومن هذا القبيل إتلاف خمر المسلم وخنزيره بخلاف ما إذا كانا لذمى حسبما سبق ذكره . ولا عصمة للمباحات لأنها غير متقومة بحكم كونها غير مملوكة لأحد . ولا يجب الضمان بكسر أدوات اللهو أو إحراقها لانتفاء عصمتها .

سادسا : ولاية الدولة الإسلامية على مكان الإتلاف وأطرافه ، مما يعد من الشروط العامة للتكليف .

سابعا : السببية ، ويقصد بهذا الشرط حسبما تقدم أن ينسب التلف إلى الفعل وإلا لم يكن ما تولد عنه من مسئولية فاعله . ولذلك فإن الآمر بوضع حجر فى الطريق لا يسأل عما ترتب على هذا الوضع من تلف وإنما يسأل عنه الواضع لترتب التلف على فعله ونسبته إلى هذا الفعل[2] . ولو أن أحدا حفر بئرا فى الطريق فألقى شخص نفسه فيها متعمدا فلا ضمان على الحافر ، لأن التلف لا يضاف إلى فعله وإنما إلى تعمد الشخص إلقاء نفسه فيها[3] . ويوضح هذا الشرط كذلك من القانون الانجليزى قضية Byrne v. Boodle (١٨٦٣) حيث سقط على المدعى برميل من نافذة مخزن المدعى عليه فحكمت المحكمة على المدعى عليه بضمان الأضرار التى لحقت بالمدعى من سقوط البرميل عليه ، على

---

(١) انظر فى ذلك : التشريع الجنائى لعبد القادر عودة : ٥٢٩/١ وما بعدها .

(٢) مجمع الضمانات : ١٨١ .

(٣) السابق : ١٨٠ .

أساس أن هذه الأضرار مضافة إلى إهمال المدعى عليه الذى تدل عليه واقعة السقوط ذاتها ، فإن الأشياء الموضوعة بعناية لا تقع على هذا النحو . ويشبهه الحكم فى قضية Leanes V. Egerton (١٩٤٣) حيث وقعت على المدعى شظية من زجاج نافذة بيت غير مأهول حينما كان يسير فى الطريق العام . ورغم أن الزجاج قد انكسر إثر هبوب رياح قوية فقد أخذت المحكمة بأنه كان على المدعى عليه أن يتفقد حال الزجاج وقدرته على مقاومة مثل هذه الرياح منعا للإضرار بغيره ، ورأت المحكمة لذلك إضافة الضرر إلى إهماله .

٣١٦ – بين المباشرة والتسبب : تدل القاعدة الفقهية بصيغتها التى ترجحت فى هذا البحث ، وهى أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا ، على افتراق المباشرة عن التسبب بالرغم من اشتراكهما فى نسبة الضمان إليهما . وترجع الفروق بينهما إلى قوة المباشرة واتصال التلف بها دون واسطة خلافا للتسبب الذى يتخلل بينه وبين التلف واسطة أو عدة وسائط ، لذلك فإن الحكم بالضمان يضاف إلى المباشرة لا إلى السبب عند اجتماعهما واقتران التلف بهما إلا إذا أضيفت المباشرة إلى السبب وتولدت عنه .

وقد أشار الفقهاء إلى عدة فروق بين المباشرة والتسبيب ، من بينها ما يلى :

أولا : لا فرق فى المباشرة بين التصرف فى الملك وغيره ، فمن يجد فى أرضه حيوانا لغيره فيضربه يضمن ما تولد عن هذا الضرب من ضرر ، ولا يدفع عنه الضمان أن الحيوان كان فى ملكه . وكذا لو نام فى ملكه فانقلب على إنسان كان ضامنا لأنه مباشر فى قتله ، حيث إنه إما متعمد أو مقصر فى النظر المأمور به شرعا[1] . ومن جنسه أن يرمى سهما إلى هدف فى ملكه فيصيب إنسانا كان واقفا فى ملك الرامى للسهم ، ويضمن بلا خلاف بين الفقهاء

---

(١) السابق : ١٦٥ .

للمباشرة[1] . أما الإتلاف بالتسبب فيفرق فيه بعض الفقهاء بين التصرف فى الملك والتصرف فى غيره . توضيح ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن التصرف فى غير الملك إذا لم يستند إلى إذن شرعى أو إلى موافقة الإمام أو نائبه يوجب الضمان ، فمن (وضع فى الطريق حجرا أو جذعا أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفا أو جناحا أو ميزابا أو ظلة فعطب به إنسان كان ضامنا . فإن عثر بما أحدثه فى الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذى أحدثه فى الطريق وصار كأنه دفع الذى عثر به لأنه مدفوع فى هذه الحالة ، والمدفوع كالآلة)[2] . وفى رأى أبى يوسف تقييد التصرف فى غير الملك لإيجاب الضمان بكون الفعل ضارًّا ، أما الفعل النافع فلا يوجب الضمان وإن لم يستند إلى موافقة سابقة من الإمام ، فمن (أقام جسرا على نهر أو قنطرة فى غير ملكه لم يضمن عند أبى يوسف ، لأنه محتسب ينتفع الناس بما أحدثه ، وفى ظاهر الرواية يكون ضامنا إلا إذا فعل ذلك بإذن الإمام)[3] .

أما التسبب فى التلف بالتصرف فى الملك كأن يحفر بئرا فى ملكه للفتك بمن يدخل إلى هذا الملك من السراق واللصوص ، وكأن يحدد قضيبا أو عيدانا ويجعلها ببابه لتدخل فى رجل من يدخل إلى ملكه دون إذنه ، وكأن يتخذ كلبا فى داره ليعقر من يدخل هذه الدار دون إذنه ، فإنه يضمن فى هذه الأحوال عند المالكية بإطلاق لتعديه بهذا القصد ، ولأن حقه فى استعمال المباح مقيد بشرط السلامة[4] . وفى المذهب الحنبلى روايتان فى اتخاذ الكلب العقور وما يشبهه ، يجب الضمان على إحدى هاتين الروايتين وإن كان الدخول بغير إذن[5] . وفى المذهب الشافعى أنه إذا انطوى التسبب فى التلف بالتصرف فى الملك على التعدى وجب الضمان وإلا فلا ؛ فمن (ينصب رصيصا من اللِّبن لحرقه قمينة .. فى غير المكان

---

(١) مجمع الضمانات : ١٦٥ .
(٢) السابق : ١٧٦ .
(٣) السابق : ١٧٩ .
(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون : ٣٤٦/٢ .
(٥) الإنصاف : ٢٢٢/٦ .

المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة الناس بنصب الرصائص أو القمائن فيهما ، كأن جاء فى وقت امتلاء الأجران بحصاد الحقول ، فأوقد فى تنور اللِّبن بين الأجران أو وقت تعبئه القطن فى الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتها ضمن مما أتلف . أما إذا أعد الرصيص فى أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن وكان لآخر صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد . وكذلك لو أروى أرضه فى دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن ، لأنه غير متعد . فإذا أرواها فى غير دوره ، وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق فى المياه ، ثم تسربت إلى حقل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف)[1] وبهذا فإن التصرف فى الملك يوجب ضمان الضرر الناشىء عنه إذا انطوى على التعدى ومجاوزة المألوف ، وهو واضح فى مثالى تسرب الماء إلى أرض الجار وانتقال الشرر من الملك . ومع ذلك فإن الذين أطلقوا حرية الملك فى التصرف فى ملكه ، وهم أبو حنيفة والشافعى والظاهرية ، قيدوا أحوال وجوب الضمان بما هو من قبيل المباشرة وما يلتحق بها من تسرب المياه وانتقال النار ، باعتبارها أضرارًا يعظم خطرها ويكثر وقوعها وتمس الحاجة إلى تحديد المسئولية فيها .

وفى المذهب الحنفى بعض التخريجات التى توجب الضمان على الإهمال فى عناية المالك بملكه ؛ ففى مجمع الضمانات أنه (لو وضع قنطرة فى نهر خاص لأقوام مخصوصين فمشى عليها إنسان فانخسفت به ... ومات ، إن تعمد المرور عليها لا يضمن الواضع ، وإن لم يعلم المار به ضمن كما لو وضع الخشبة فى الطريق فمرت به دابة لا بسوق أحد فعطبت كان ضامنا . قالوا إن كانت الخشبة صغيرة ، بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها ، لأن الوطء على مثل هذه الخشبة بمنزلة الزلق أو التعلق بالحجر الموضوع فى الطريق عمدا ، وذلك لا يوجب الضمان ، وإن كانت الخشبة كبيرة ويوطأ على مثلها يضمن واضعها)[2] ، فاعتبروه متعديا بوضع خشبة على نهر له ملك فيه ، إذا كانت الخشبة لا تحتمل

---

(١) تكمله المجموع : ٢٩٣/١٤ .
(٢) مجمع الضمانات : ١٧٨ .

مرور أحد فوقها . وإنما لا يجب الضمان فى الأحوال المتفرعة عن ذلك إذا أضيف التعدى إلى المارّ على الخشبة بمعرفة تعيبها وتعمده المرور عليها أو إذا كانت مما لا يوطأ على مثلها ، حيث يضاف تضرره إلى فعل نفسه .

ثانيا : من الفروق بين المباشرة والتسبب أن نسبة التلف إلى المباشرة لا تنقطع بإمكان المضرور تجنب الضرر وبقدرته على تفاديه ، فلو جرحه فسرى الجرح إلى الوفاة لعدم تداويه ضمن الجارح الوفاة . أما من رش بعض الطريق فزلق به إنسان ، وقد رأى الرش وأمكنه المرور من الجزء الآخر غير المبتل ، فلا ضمان عليه ، لأنه متسبب فيشترط عدم إمكان المضرور تفادى الضرر تجنبه . يوضحه أن من ألقى أحدا فى حوض به ماء ، وأمكنه الخروج منه فلم يفعل حتى مات فالقياس ألا يضمن رغم أن الإلقاء فى الحوض من المباشرة ولا يشترط فيها إمكان احتراز المضرور عن الضرر الذى لحق به . وإنما ذلك لأن موته مضاف إلى فعله نفسه وهو البقاء فى الماء لا الإلقاء فيه ، فلم يجب الضمان لهذا . وتنحصر مسئولية المباشر لذلك فيما أدى إليه الإلقاء من أضرار ، بحكم نسبة الوفاة إلى عمل المتضرر . ويدل ذلك على أنه إذا زاد المتضرر فى الخسارة اللاحقة به بسوء تدبيره فإن المتعدى لا يتحمل هذه الزيادة لإضافتها إلى غير فعله . ويقابل ذلك فى القانون الانجليزى على سبيل المقارنة قاعدة وجوب سعى المتضرر إلى تقليل خسائره . يوضح هذه القاعدة الحكم فى قضية Darbis hir v. Warren (١٩٦٣) حيث تحطمت سيارة المدعى التى قدرت قيمتها بحوالى ٨٥ جنيها انجليزيا ، فأنفق فى إصلاحها ١٩٢ جنيها انجليزيا ، ولكن المحكمة قضت له بتعويض لا يشمل إلا قيمة السيارة ومقابل استئجار سيارة بديلة مدة إصلاح سيارته التى تحطمت[١] .

ثالثا : تكفى المباشرة وحدها لإيجاب الضمان ، ولا حاجة بالمدعى إلى إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر المباشر المتولد عنه لوضوحه ، بخلاف التسبب الذى يجب على المدعى أن يثبت كلا من الضرر ونسبته إلى السبب الذى أنشأه .

---

(١) Dias P. 77 .

رابعا : إذا اجتمعت المباشرة والسبب أضيف الحكم إلى المباشر على سبيل العموم . وتفصيله بالتفريق بين الأحوال الثلاثة التالية :

١ - تغليب السبب على المباشرة وإضافة الحكم إليه إذا اجتمعا ولم تكن المباشرة من التعدى ، وذلك كقتل المحكوم عليه بالقصاص قضاء بناء على شهادة الزور ، فمباشرة الجلاد التنفيذ لا توجب الضمان لا ستناد المباشرة إلى سببها وهو قضاء القاضى المستند بدوره إلى شهادة الزور . والقاعدة التى يذكرها ابن رجب أنه إذا أضيف التلف إلى فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه أضيف التلف إلى الفعل غير المأذون فيه[1] .

٢ - تغليب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كما إذا جرح شخصا وقتله آخر فإن ضمان القتل يضاف إلى المباشر .

٣ - تساوى أثر المباشرة والسبب فى إحداث التلف كالإكراه على القتل والأمر به ، فإن كلا من المكرِه والمكرَه والمأمور والآمر مسئولان عن القتل ، لإضافته إليهما .

المبحث الثانى : بعض أشكال التسبب

٣١٧ - تقديم : ترجع أهمية هذا المبحث إلى كثرة ما يصادفه القارىء فى الكتب الفقهية من إشارات لأشكال عديدة من الأفعال الموجبة للضمان كالتقصير والإهمال والترك وكتمان الحق والسعاية والدلالة والوشاية وشهادة الزور والغرور والحيلولة والأمر والإكراه وغير ذلك مما يجب التعرف على معانيه بالتحديد ، لاستخلاص قاعدة عامة يمكن تطبيقها على تلك الصور التى جدت فى هذا العصر . ويلاحظ على هذه الأفعال المشار إليها أنها تشكل تعديات ، بحكم مخالفتها ما أوجبه الشارع من رعاية حقوق الغير فى أموالهم وأبدانهم ، وأن التعدى فى هذه الصور جميعها إما أن يكون بارتكاب محرم أو بمخالفة واجب ، وينقسم التعدى بهذا الاعتبار إلى أن يكون فعلا أو كفا وتركا . وفيما يلى إشارة إلى كل فعل من هذه الأفعال:

---

(١) قواعد ابن رجب : ص ٣٨ ق ٢٨ .

الفرع الأول : الإهمال
Negligence

٣١٨ – على الرغم من شيوع استخدام مصطلح التقصير فى الفقه باعتباره سببا لإيجاب الضمان فإن الفقهاء لم يعنوا أنفسهم بتعريفه تعريفا جامعا مانعا فيما اطلعت عليه اكتفاء بوضوح مفهومه من الأمثلة التى ساقوها . والمعنى الذى يستنبط من هذه الأمثلة فى تعريف الإهمال أو التقصير الموجب للضمان هو مخالفة ما أوجبه الشارع من رعاية وتبصر لحقوق الغير وسلامتهم فى أموالهم وأنفسهم وسائر حقوقهم الأخرى . يتضح هذا المعنى بالنظر إلى الأمثلة التالية :

– جاء فى مجمع الضمانات أن (المودَع إذا ربط سلسلة على باب خزائنه فى خان بحبل ولم يقفله ، فخرج فسرقت وديعته ، قالوا إن عد هذا إغفالا وإهمالا كان ضامنا وإلا فلا)[١] .

– ما أصابته الدابة من غير تفريط من السائق والقائد والراكب أو عن غلبه منها لهم (فلا شيء عليهم فيه ، لأن ذلك ليس من قبيل تفريط ولا إهمال وإنما هو من جهتها)[٢]ولا يمكنهم الاحتراز عنه فلا ضمان عليهم فيه .

– جاء فى التبصرة : (ما أفسدت المواشى ، وما أفسدت البهائم فى الزرع ، نهارا فلا ضمان على أرباب المواشى . وأما بالليل فالضمان عليهم . والقول بنفى الضمان فيما أفسدته نهارا محمول على أن المواشى معها راع ، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون)[٣] .

– جاء فى مجمع الضمانات : (انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلفت عضو إنسان يضمن وهو خطأ)[٤] . وفى ذلك يفصح انفلات الآلة من

---

(١) مجمع الضمانات : ٧٥ .
(٢) تبصرة الحكام : ٣٥٢/٢ .
(٣) السابق : ٣٥٥/٢ .
(٤) مجمع الضمانات : ١٧٠ .

يد الجزارعن إهماله وتقصيره ، فإن المعتاد أنها لا تنفلت من يده إذا كان يمسكها على الوجه الصحيح .

– ومن ذلك أنه إذا غطت امرأة (قدر أخرى تغلى فانصب شيء من شدة غليانها وأحرق رجل صبى تضمن المغطية)[١] ؛ لأنه كان عليها أن تتوقع فوران الماء من القدر بغليانها واحتمال إصابة الأطفال القريبين منها بذلك . وإلى مثل هذا يشير الشاطبى بعبارة (التقصير فى النظر المأمور به شرعا)[٢] مما يعده سببا لإيجاب الضمان .

– ومن جنسه ما لو (أعطى صبيا سلاحا ليمسكه فعطب الصبى بذلك تجب دية الصبى على عاقلة المعطى . ولو لم يقل له امسكه المختار أنه يضمن . وكذا لو قال للصبى اصعد هذه الشجرة وانفض ثمارها فصعد وسقط ضمن الآمر)[٣] ، لأنه قصر فى النظر المأمور به شرعا ، وكان عليه أن يتوقع احتمال سوء تصرف الصبى فى السلاح الذى اعطاه له أو أثناء رقيه على الشجرة .

– ومنه كذلك ما لو صب فى الطريق (ماء فانجمد فزلق به إنسان أو ذاب ثم زلق ضمن) ، وكذا لو رمى الثلج فى طريق فسقط عليه إنسان ضمن)[٤] ، لأنه كان عليه أن يتوقع هذا الزلق الذى يعد نتيجة طبيعية لفعله . وإنما يختص وجوب التوقع بما يغلب وقوعه فى العادة . أما ما يندر وقوعه فلا يجب التحرز عنه لأن النادر لا حكم له فيما هى القاعدة الفقهية . وعلى ذلك لو اعتاد الناس مرور الأطفال والمعوقين والعميان وحدهم فى أماكن معينة وجب على قائدى السيارات وغيرهم من المنتفعين بالطريق التحرز من الإضرار بهم . أما إذا لم يكن من المألوف مرور أمثال هؤلاء فى الطرقات وحدهم غير مصحوبين بمن يصونهم ويحفظهم فإنه لا يجب على المنتفعين بالطريق زيادة التحرز والعناية . وفى ذلك ما قد يوضح الخلاف الوارد فى مجمع الضمانات بخصوص ما لو نفب أحد نقبا فى نهر لسقى أرضه ، (فوقع فيه أعمى فتلف فعليه الضمان ... وقال القاضى بديع الدين :

---

(١) السابق .
(٢) الموافقات : ٣٥٨/٢ .
(٣) مجمع الضمانات : ١٦٦ .
(٤) السابق : ١٦٤ .

لا يضمن ، لأنه مأذون برفع الماء ولا يتهيأ له إلا بالنقب)[1] . ولا يصح استدلال هذا القاضى من جهة أنه كان بالوسع تحقيق مصلحة المدعين ببذل زيادة عناية عن طريق حراسة النقب الذى لايمكن لغير المبصرين اجتنابه . وعلى سبيل المقارنة فقد استند مجلس اللوردات The House of Lords فى حكمه فى قضية مماثلة فى عام ١٩٦٥ م إلى الإحصاءات الواقعية الدالة على كثرة سير العميان والمعوقين على أرصفة الشوارع وحدهم غير مصحوبين بمن يعينهم فى سيرهم . ورأى المجلس أنه كان من واجب المدعى عليهم أن يأخذوا هذه الحقيقة فى اعتبارهم عند وضعهم يد مدقة فى واجهة بالوعة Trench على نحو يبدو بوضوح لذوى القدرة على الإبصار دون غيرهم ممن حرموا هذه النعمة[2] .

– وكذلك لو كان حداد يضرب على حديد محمى فى دكانه (فانتزعت شرارة من ضربه فوقعت على ثوب رجل يمر فى الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد . وذكر الناطفى : حداد يجلس فى دكان اتخذ فى حانوته كيرا يعمل به والحانوت إلى جانب طريق العامة فأوقد الحداد كيره نارا على حديد له ثم أخرج حديده فوضعه على علاته ، وطرقها بمطرقة ، فتطاير ما يتطاير من الحديدة المحماة وخرج ذلك من حانوته وقتل رجلا أو فقأ عين رجل أو أحرق ثوب إنسان أو قتل دابته كان ضمان ما تلف بذلك من المال والدابة فى مال الحداد ودية القتيل والعين تكون على عاقلته ، لأن ما طار من دق الحديد وضربه فهو كجنايته بيده لا عن قصده)[3] . وإنما يضمن الحداد لأن خروج الشرارة إلى الشارع وإصابتها المارة دليل واضح فى ذاته على إهماله .

– ومن ذلك ما لو (أوقد تنوره نارا فألقى فيه من الحطب ما لا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فأحرق يضمن صاحب التنور)[4] .

ولهذه الأمثلة دلالتها على وضوح مفهوم الإهمال الموجب للضمان لدى

---

(١) السابق : ١٦٥ .

(٢) Dias P. 58 .

(٣) السابق : ١٦١ .

(٤) السابق ، والفتاوى الخانية بهامش الهندية ٢٨٣/٣ .

الفقهاء الذى قد يكون بالتقصير فى النظر المأمور به شرعا على حد تعبير الشاطبى ، أو بمجاوزة المعتاد أو بمخالفة أوامر الشرع ، كما لو أخذ طفلا إلى مكان بعيد وتركه فيه فضاع أو سرقه أحد أو افترسه سبع أو غيره فإن آخذه يضمن وإن لم يتعمد هذه النتيجة .

٣١٩ – ولا يشترط لتحقق الإهمال التصرف بالفعل بل يعد الكف أو الترك لما أوجبه الشارع محققا للإهمال أيضا . من ذلك أنه لو اضطر إنسان إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك ضمنه المطلوب منه . وقد وقعت من ذلك فى عهد عمر واقعة : فقد روى أن رجلا أتى أهل أبيات فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر الدية ، ولم يعرف له مخالف ، لأنهم تسببوا إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه فضمنوا . ويضمن المانع الدية فى ماله عند الحنابلة ، لتعمده فعلا يقتل مثله غالبا . وفى اتجاه آخر فى المذهب أن الضمان على العاقلة لأنه قتل لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد[١] .

ويشترط لإيجاب الضمان بالترك أن يكون على خلاف الواجب وإلا لم تنشأ المسئولية . ولهذا لا يضمن من لديه فضل طعام إذا لم يطلبه المضطر منه ، لأنه لا يجب عليه البذل إلا بالطلب . وكذا لو كان صاحب الطعام أو الشراب مضطرا هو الآخر ومنع غيرَه فمات هذا الغير لم يضمن لأنه لا يجب عليه بذله فى هذه الحالة كذلك . وكذا إذا خاف أن يضطر[٢] ، لأنه لا يجب عليه البذل عند خوف الاضطرار .

ولو أمكنه إنجاء آدمى أو غيره من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فإنه يضمن فى اتجاه فى المذهب الحنبلى وفى مذهب المالكية لقاعدة من ترك واجبا فى الصون ضمن[٣] . ويضمن السارق لذلك ما ضاع من البيت إذا ترك الباب مفتوحا ولم يغلقه كما كان قبل دخوله[٤] .

---

(١) كشاف القناع : ١٥/٦ .
(٢) السابق .
(٣) كشاف القناع : ١٥/٦ .
(٤) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك : ٣٥٠/٢ .

وينقل البهوتى وجوب التعزير على فعل المحرمات وترك الواجبات مطلقا ، معقبا على ذلك بقوله : (فمن جنس ترك الواجبات من كتم ما يجب بيانه كالبائع المدلّس بإخفاء عيب ونحوه والمؤجر المدلس والناكح المدلس وغيرهم من المعاملين إذا دلس . وكذا الشاهد والمخبر الواجب عليه الإخبار بما علمه من نحو نجاسة شيء والمفتى والحاكم ونحوهم ، فإن كتمان الحق سبب للضمان . وعلى هذا لو كتما شهادة كتمانا أبطلا به حق مسلم ضمناه ، مثل أن يكون عليه حق ببينة وقد أداه حقه له ، أى المؤدى لما كان له عليه ، ببينة بالأداء ، فتكتما الشهادة حتى يغرم ذلك الحق)[1] . وإنما يضمن فى هذه الأحوال لمخالفته الواجب عليه من الإفشاء وعدم الكتمان .

وإنما يضمن تسرب الماء وانتقال النيران إلى أرض الغير إذا أهمل فى أداء واجبه من التحوط ، وإلا لم يضمن[2] . ويبدو أن عددا كبيرا من قضايا الضمان التى كانت تنظرها المحاكم فى البلاد الإسلامية كان موضوعها انتقال النيران وتسرب المياه إلى الأراضى المجاورة ، وهو ما يفسر سبب اهتمام الفقهاء بذكر أمثلة عديدة مضمونها هذا الانتقال والتسرب . وقد خصص البغدادى فصلا لانتقال النار وآخر لانتقال المياه مما يدل على شيوع هذا النوع من التعديات .

٣٢٠ – ولا يخفى حرمة الإهمال أو الترك للواجب ، وإن رفع الشارع استحقاق الإثم إذا لم يقصد التارك أو المهمل الإضرار بغيره . (والإجماع على أن الشارع لا يبيح الخطأ أو الإهمال ؛ فقوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ﴾ هو كقوله : وما كان له أن يقتل مؤمنا عمدا . لا أنه كان له أن يقتل خطأ ، لأنه يوجب إذن الشارع به ، ولا يجوز إذن الشارع بالقتل الخطأ ، لأن جهة الحرمة ثابتة فيه بناء على ترك التروى . ولهذا تجب فيه الكفارة ، ولو كان مباحا محضا لما وجبت الكفارة . وهذا دليل تفردت بإيراده ، وهذا أقوى دليل على المذهب . والشافعية حملوا الاستثناء فى قوله إلا خطأ على المنقطع فرارا عن

---

(١) كشاف القناع : ١٢٥/٦ .
(٢) التبصرة : ٣٤٧/٢ .

هذا . لكن الأصل هو المتصل)[1] ، وأنه ليس له القتل عمدا غير الخطأ ، بناء على أن إلا بمعنى غير صفة منصوبة أى أنه ليس لمؤمن قتل مؤمن عمدا غير ما كان منه على سبيل الخطأ . واللام فى لمؤمن بمعنى عدم المناسبة[2] .

٣٢١ – وضابط الإهمال هو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس ، حسبما تقدم توضيحه . ويجرى الحكم على مراعاة ذلك فى الأحوال التالية : .

– يضمن المعلم لو ضرب المتعلم ضربا جاوز حد المعتاد فيما نص عليه ابن فرحون[3] .

– لو تحامل الماء على الجسور ولم يكن الذى جسرها احتاط فيها فإنه يضمن . وكذا لو احتاط فى تجسيرها وأغفل تسريح المياه حتى كسر الجسر وفاض عنه إلى أرض الجار فإنه يضمن[4] .

وكثيرًا ما يدل الضرر أو النتيجة بذاتها على مجاوزة المعتاد أحيانا ، كما فى حالة انتقال الماء إلى أرض الجار ، فإنه إما أن يكون بسبب الغفلة عن تسريح المياه وتصريفها أو بعدم الاحتياط فى تجسيرها . ولا يحتاج المدعى فى هذا المثال لإثبات مجاوزة المدعى عليه المعتاد وتحديد نوع الإهمال أو الغفلة نظرا لوضوح تفريطه بمجرد تسرب المياه إلى أرض جاره ؛ فإن الذين يلتزمون بالمعتاد لا تتسرب المياه التى يسرحونها لأرضهم . ويشبه هذا على سبيل المقارنة الأساس المعروف فى القانون الانجليزى للحكم بالإهمال والتقصير فى الأضرار التى يدل وقوعها على وقوع اهمال وعدم التحوط . وهذا الأساس هو أن الأشياء تفصح عن نفسها Things Speak for its elf . ويستند هذا الأساس إلى إعمال المعروف والمعتاد بين الناس الذين كثيراً ما ينسبون عملا من الأعمال إلى الغفلة أو الإهمال بالنظر إلى نتيجة دون بحث فى ملابسات وقوعه والظروف التى تم فيها . والقاعدة التى يسوقها عدد من الفقهاء أن الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية بل على

---

(١) التوضيح ٤٦٢/٢ .
(٢) انظر جمع الجوامع : ١٠/٢ ، وتخريج الفروع على الأصول للزنجانى : ١٥٢ .
(٣) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك : ٣٤٩/٢ .
(٤) السابق : ٣٥٠/٢ .

الاعتقادات العرفية[1] . ومن شأن تطبيق هذا الأساس أن ييسر الحكم بالضمان في جميع أحوال الضرر الدالة على عدم التحرز والتحوط . وتفريعا على ذلك فإن من وضع جرة على سطح فتدحرجت على سائر فى الطريق وجب الضمان على واضعها لدلالة سقوطها فى الطريق على إهماله ، ولأن الناس الذين يضعون جرارهم على أسطحهم بشيء من التحوط والتحرز لا تقع جرارهم على رؤوس السائرين . ويجب لهذا الحكم بالضمان على واضع الجرة إذا تدحرجت ووقعت على أحد الناس . ولا يلتفت لقول من قال بعدم الضمان إذا وقعت بتحريك الريح لها عن موقعها ، لأن القوى الطبيعية لا تدخل فى الاعتبار عند تقرير المسئولية ، وإلا لانتفت المسئولية فى جميع الأحوال لتدخل قوة الجاذبية الأرضية دائما ولا فرق بينها وبين قوة الريح من هذا الجانب . وفى ضوء ذلك نفهم قول ابن مفلح (وضع شيئا على علو كجرة وضعها على سطحه فرمتها الريح على إنسان فتلف لم يضمنه على المذهب ، لأن ذلك كان بغير فعله ، ووضعه لذلك كان فى ملكه . وقيل يضمن إذا وضعها متطرفة . جزم به فى الوجيز ، لأنه تسبب إلى إلقائها وتعدى بوضعها)[2] .

---

(١) تخريج الفروع : ٢٢٦ .

(٢) المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح : ٣٤٤/٨ .

الفرع الثانى : الغرور

٣٢٢ - الغُرور فى اللغة هو الخداع من باب قعد ، ودار الغَرور ، أى الدنيا لأنها تخدع بزينتها ، اسم فاعل كرسول يفيد المبالغة . وغر الشخص يغر من باب ضرب خدعه ، وغره الشيطان . ومنه قوله تعالى : ﴿ ياأيها الإنسان ما غرك بربك الكريم ﴾ بمعنى جرأك عليه وصرفك عنه . وغرر به تغريرا عرضه للهلكة ، ومنه غرر بنفسه وماله . واغتر فلان معناه غفل وبكذا خدع به . واستغر اغتر وغفل ، والغرارة الغفلة وحداثة السن ، كما فى قولك كان ذلك على غرارتى وحداثة سنى[١] .

ويدور التعريف الاصطلاحى للغرر على معنيين : .

أولهما : بمعنى المخاطرة فى حصول المعقود عليه ، وإنما يطلق بهذا المعنى فى تعريفهم له فى أبواب العقود . ومن هذا القبيل تعريف السرخسى للغرر بأنه ما يكون مستور العاقبة[٢] ، وتعريف الكاسانى له بأنه عبارة عن الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك[٣] ، وتعريف المازرى بأنه هو ما تردد بين السلامة والعطب[٤] ، وتعريف ابن عرفة بأنه هو ما شُكَّ فى حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالبا[٥] . وتعريف القرافى له أن هو الذى لا يدرى يحصل أم لا كالطير فى الهواء والسمك فى الماء[٦] .. ولا يختلف عن ذلك تعريف الشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية للغرر بهذا المعنى[٧] .

(١) المصباح ، والمحيط ، ولسان العرب ، والمنجد ، والمعجم الوسيط .

(٢) المبسوط : ١٩٤/٢ .

(٣) البدائع : ١٦٣/٥ .

(٤) جواهر الإكليل : ٢١/٢ .

(٥) الدسوقى : ٥٥/٣ .

(٦) الفروق : ١٥٠/١ ، ٢٦٥/٣ .

(٧) مغنى المحتاج : ١٢/٢ ، والمهذب : ٢٦٩/١ ، والقواعد النورانية لابن تيمية : ١١٦ ، وزاد المعاد لابن قيم الجوزية: ٢٦٨/٤ .

– والثانى : حمل الغير على التصرف الضار بنفسه أو ماله بإرادته واختياره بتزيين هذا التصرف له وإقناعه به . وإنما يرد بهذا المعنى باعتباره من التعدى بالتسبب الموجب للضمان . ومن هذا القبيل تعريف البجنورى له بأنه عبارة عن (صدور فعل عنه أوجب الضرر عليه بواسطة انخداعه عن آخر ولو لم يكن ذلك الآخر قاصدا لا نخداعه ، بل هو أيضا كان مخدوعا أو كان جاهلا ومشتبها . وعلى كل حال يشترط فى كونه مغرورا أن يكون جاهلا بترتب الضرر على فعله ، بحيث لا يتدارك ، لأنه من الممكن أن يكون مغرورا مع علمه بترتب الضرر على فعله للقطع بتداركه)[1] .

ويشمل هذا التعريف العام للغرر أنواع التصرفات الفعلية والقولية التى تؤثر على إرادة الغير وتقنعه بالسلوك مسلكا يؤدى إلى الإضرار به إذا لم يكن عالما بترتب الضرر على فعله على النحو الذى حدث له . من ذلك أن يقنعه بالدخول مع الغير فى تجارة فإذا هذا الغير مفلس أو يعطيه معلومات مضللة وكاذبة عن المركز المالى أو الأسعار فى السوق بما يحمله على التصرف تصرفا يؤدى إلى الضرر . ويقترب الغرور بهذا الإطلاق العام من المعنى اللغوى ، حيث يصح أن أقول أننى خدعت بمنظر الجو فى الصباح ولم أتخذ الملابس المناسبة ، مما يجعلنى أحس بالبرد الآن .

ويميز الفقهاء بين نوعين من الغرور الموجب للضمان ، أولهما الغرور القولى والآخر الغرور العملى .

أما الغرور القولى : فهو أن يحمل الغار المغرور على التصرف وفق ما يريده بتزيين هذا التصرف والحث عليه بعبارات تفيد ذلك على نحو مباشر أو غير مباشر . وإنما يستوجب الضمان إذا وقع الضرر نتيجة مألوفة لهذا الغرور فى مجارى العادات ، بأن يغلب فى مثل هذه الحال وقوع المغرور تحت تأثير الغار حتى يصدق ما زينه له وتطمئن إليه نفسه . أما إذا كان فى حال لا يغلب فيها تصديق الغار ولا الاطمئنان إلى ما يزينه فلا يجب الضمان[2] . من ذلك أن يذهب إنسان

---

(١) القواعد الفقهية للبجنوردى : ٢٢٥/١ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٧٩/٤ ، وتبيين الحقائق : ١٤٥/٦ ، والمهذب : ١٨٣/١ .

إلى صيرفى لفحص الدراهم أو الدنانير فيحكم بجودتها ثم يظهر زيفها فإن هذا الصيرفى يضمن .

ويوجب الغرور الفعلى الضمان كذلك ، وذلك كأن يستأجر بنّاء لإقامة حائط فيقع الحائط بعد إقامته مباشرة . ومن هذا القبيل أن يدفع السمسار ما قبضه من الناس لبيعه إلى أحد موظفيه ، مع معرفته بخيانته أو بعدم دقته فى الحفظ ، فإذا ضاعت أموال الناس كانت مضمونة على هذا السمسار(١) . ولو استأجر دابة للحمل وصاحبها يعلم أنها دابة عثور ولا يعلم المستأجر ذلك فإن صاحبها يضمن ما تفسده هذه الدابة بعثارها(٢) .

٣٢٣ – وهناك اتجاهان فى الفقه الإسلامى فيما يتعلق بإيجاب الغرور للضمان :

الاتجاه الأول هو اتجاه المضيقين الذين لا يوجبون الضمان بالغرور إلا فى ثلاثة مواضع :

١ – أن يكون ضمن عقد من عقود المعاوضة . وهذا هو ما نصت عليه المادة ٦٥٨ من مجلة الأحكام العدلية ، ولفظها : (لو غر واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلا : لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحقت وضبطت أخذ المشترى من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم . وكذا لو قال لأهل السوق هذا الصغير ولدى ، بيعوه بضاعة فإنى أذنته بالتجارة ، ثم بعد ذلك ظهر أن الصبى ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التى باعوها من الصبى) .

ويتفرع على ذلك أنه لو آجره حيوانا على أنه ملكه فهلك فى يد المستأجر ثم ظهر له مستحق فضمن المستأجر قيمته بحكم كونه غاصب الغاصب فللمستأجر أن يرجع على المؤجر بمثل ما ضمن ، لأنه هو الذى غره . ومن جنسه أن ينتج الصانع بضاعة معيبة ويبيعها فإذا أضرت بالمستهلك لزمه الضمان .

---

(١) مجمع الضمانات : ٥٢ .

(٢) الخرشى : ٣١/٧ ، وحاشية الدسوقى : ٤٤٥/٣ .

٢ – أن يضمن الغار صفة السلامة للمغرور ، كما لو قال له اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإذا ضاعت بضاعتك أو أصبت بضرر فإنى أضمنه لك . فإذا اسلك الطريق الذى أراده الغار وضاعت البضاعة أو تلفت أو سرقت فإنه يضمنه ، بناء على ما ألزم هو به نفسه[١] . أما إذا لم يزد على مجرد النصح بأن قال له لسلك الطريق ولم يلتزم بضمان فإن الأصل ألا يضمن ، لأنه مازاد على الإخبار بما يراه هو مما لا يعد من التعدى الموجب للضمان ، إلا إذا اقترن نصحه هذا بما يكسبه وصف التعدى كالنية والقصد إلى الإضرار ، وكالإهمال فى أداء الواجب . ولهذا لو قال له كل هذا الطعام فإنه طيب فأكله وكان الطعام مسموما فهو ضامن لتعديه بقصده أو بتقصيره ، خلافا للأحناف الذين طبقوا على هذا المثال قاعدة تضمين المباشر إذا اجتمع فعله مع فعل المتسبب فى إنشاء الضرر . ولا يخفى أن الأحناف أنفسهم لا يطلقون تطبيق هذه القاعدة ويخالفونها فى الأحوال التى تقوى نسبة الضرر إلى فعل المتسبب ، كما فى حالة شهادة الزور . وعلى مذهب الجمهور فى إيجاب الضمان على الغار بتقديم الطعام المسموم على أنه طيب فإن الضمان يلزم صاحب المطعم الذى يقدم الطعام لعملائه ، ثم يكتشف أحدهم أن بالطعام المقدم إليه بقايا حشرة أو غيره مما تعافه النفس ويؤدى إلى الضرر[٢] . ومنه كذلك أن يهدى لأحد هدية ، وبها عيب من العيوب ، فما ينشأ عنها من ضرر يلزم الغارَّ الضمان ، وذلك كأن يشترى لعبة من لعب الأطفال ويكتشف وجود عيب بها يمكن أن يتسبب فى إضرار من يلعب بها من الصغار ، لكنه يهديها لأحد الصبية بدلا من ردها إلى من اشترها منه ، فإذا أضرت ببدن الصبى أو ماله وجب ضمان ذلك الضرر على الْمُهْدِى ، لتعديه بالتسبب فى هذا الضرر[٣] .

---

(١) واقعات المفتين ، مجموعة فتاوى قدرى أفندى : ص ١٢٦ ، وجامع الفصولين : ٢/١١٦ .

(٢) انظر فى ذلك قضية Donoghue V. Stevenson التى حكم فيها عام ١٩٣٢ والتى تتلخص وقائعها فى تقديم أحد الناس زجاجة شراب لصديقته ، التى وجدت بها بقايا حشرة دخلتها قبل تعبئة الصانع للزجاجة بالشراب ، فحكم على هذا الصانع بالضمان ، حسبما أشير إلى ذلك فيما سبق . Tort Law, Dias P. 40 .

(٣) تتأسس مسئولية المنتج قبل المستهلك المعروفة فى قوانين الضمان الحديثة Producer and Comsunner على إيجاب الضمان بالغرور فى عقود المعاوضات فى الفقه الإسلامى باعتبار أن الغش فى السلعة المنتجة من التعدى بالتسبب الموجب للضمان .

٣ — إذا كان الغرور فى أمر يعود نفعه إلى الغار ، كما لو أودع وديعة عند رجل فهلكت عنده بدون تعديه ثم ظهرت مستحقة للغير فضمنها فإنه يرجع بما ضمنه على المودع ، لكونه يعمل لمصلحته ، ويده نائبة عنه فى حفظها . أما المستعير فإنه لا يرجع على المعير إذا ظهرت العارية مستحقة لغير المعير فى رأى الجمهور لأنه يعمل لمصلحة نفسه فى قبض العارية وانتفاعه بها فوجب عليه ضمانها[١] .

ويتخرج على ذلك فى تقديرى أن من يطلب أجيرا ليعمل عنده فى أمر ما فإنه يضمن ما غره به من ضرر فى البدن أو المال ؛ فلو أن شركة تعدين كلفت أجراءها بالعمل فى أحد مناجمها ، ولم تتخذ من الإجراءات ما يلزم لأمن هؤلاء العمال فإنها تكون غارّة بهم ، ويجب على هذه الشركة ضمان ما يعرض لهم من ضرر . ورغم دخول هذا النوع من التعدى فى المفهوم العام للإهمال فلا يخفى أنه من الغرور وتعريض الغير للتهلكة .

وشروط الغرور الموجب للضمان على هذا الاتجاه هى :

الشرط الأول : جهل المغرور بالضرر . **الثانى** : أن يتسبب الغار فى الضرر على نحو يضاف إليه . **والثالث** : أن يتعدى الغار فى فعله بقصد أو إهمال وإلا لم يجب الضمان للمشروعية . والرابع : أن يجرى الغرور فى عقد من عقود المعاوضة أو فى تصرف يرجع نفعه للغار أو إذا رضى الغار بالضمان . ويشترط البعض مع ذلك نية المخادعة والقصد إلى الغرور باشتراطهم معرفة الغار بالضرر المتوقع فى مقابل جهل المغرور . ويقترب مفهوم الغرور Deciet فى القانون الانجليزى بهذا الشرط الأخير من مفهومه لدى أصحاب هذا الاتجاه الضيق .

أما الاتجاه الثانى الذى يتسم بالتوسع فى تحديد مفهوم الغرور الموجب للضمان فلا يشترط أنصاره نية الغش لدى الغار ، ويعبر التعريف السابق الذى أورده البجنورى للغرور عن هذا الاتجاه . ودليلهم لتضمين الغار ، وإن لم يقصد الغرور وكان هو الآخر مخدوعا أو جاهلا أو مشتبها ، أنه لا يشترط لتحقق فعل

---

(١) انظر الخلاف فى تضمين المستعير فى المذاهب الفقهية فى : بداية المجتهد لابن رشد : ٢٣٥/٢ ، والبدائع ٢١٧/٦ ، والمادة ٨١٣ من العدلية والمادة ٧٧٢ من المرشد والمادة ١٣٠٦ من مجلة الأحكام الشرعية ، وحاشية الدسوقى ٤٣٦/٣ .

من الأفعال قصد الفاعل ، فأنت تقوم أو تقعد وإن لم تقصد الإتيان بأى منهما ، وهو يغرك بكلامه أو بفعله ، وإن لم يقصد هو تحقيق هذه النتيجة . ومن يوهم أحدًا بأنه ينتفع بفعل من الأفعال يصدق عليه أنه غره وخدعه إذا طاوعه وإن لم يكن قاصدا لخداعه . ومن أدلتهم على مذهبهم عموم ما روى عنه ﷺ من قوله : « المغرور يرجع على من غره » . ولا معنى لرجوع المغرور على من غره إلا بإيجاب الضمان عليه . ومن أدلتهم كذلك أنه لا يشترط القصد لوجوب الضمان فى عموم الأحوال .

ومن تطبيقات ذلك أن الفضولى إذا كتم صفته عن المشترى وتضرر بذلك حق له الرجوع على هذا الفضولى . ولا يبعد أن يدخل فى هذا الضرر المضمون ما يحدث عادة من تعجل بيع بعض الناس لممتلكاتهم بأقل من ثمن المثل استعدادا لدفع الثمن بعد الاتفاق المبدئى على الشراء . ومنه كذلك رجوع المحكوم عليه بالخسارة على شاهد الزور من جهة تغريره للحاكم وتسببه بهذا التغرير فى تلك الخسارة وكذلك لو أخطأ الشاهدان أو كانا جاهلين ولم يقصدا إلى التزوير فإن الواجب هو إلقاء الضمان عليهما ، بحكم عدم اشتراط القصد عند أصحاب هذا الاتجاه . ومنه كذلك أن يقدم الغاصب الطعام المغصوب للضيف فيأكله ، فإن من حق المغصوب منه أن يضمن الآكل ، لمباشرته الإتلاف ، وإن حق لهذا الآكل الرجوع على الغاصب لأنه هو الذى غره . وكذلك لو قال للخياط إن كان هذا يكفى قباء فاقطعه فقطعه وتبين عدم كفايته فإن الضمان على الخياط طبقا لهذا الاتجاه ، وإن لم يقصد الغرور . وكذلك لو أعار أحد متاعا إلى الغير ، وهو لا يملكه ، ثم استحق وضمن المستعير لصاحبه منفعة الشىء المستعار ، فإن للمستعير الرجوع على المعير لأنه غرّه .

ويلزم على هذا الاتجاه لذلك أن (كل ما يغرمه الشخص الجاهل بالواقع ويخسره بواسطة فعل شخص آخر أو قوله أو إخفاء عيب فيما بيده .. له أن يرجع إلى الذى غره وإن كان الغار أيضا جاهلا مشتبها)[1] .ويعد مخفيا للعيب الذى فى

---

(١) القواعد الفقهية للبجنورى : ٢٣٨/١ .

يده من يطلق عليه فى القانون الانجليزى صاحب الفرصة الأخيره Last Opportunity فى اكتشاف عيب السلعة المبيعة قبل ترويجها بين جمهور المستهلكين[1] .

٣٢٤ – القانون الانجليزى : لم يعترف القانون الانجليزى بالغرور Deciet سببا للضمان إلا فى نهاية القرن الثامن عشر حين صدر الحكم عام ١٧٨٩ فى قضية Pasley v. Free man والتى اتخذت وقائعها شكلا أحدث فى قضية Derry V. Peek . ويرجع الحكم فى هذه القضية إلى سنة ١٨٨٩ . ذلك أنه كان قد صدر قانون بإنشاء شركة لتسيير خطوط الترام ، متضمنا النص على حق هذه الشركة فى الأخذ بالطاقة البخارية بدلا من الاعتماد على القوة الحيوانية فى تسيير الترامات على هذه الخطوط ، شريطة موافقة الإدارة التجارية Board of Trade . وقد أعلن مديرو الشركة فى منشورهم ما يفيد ذلك ، مما كان له أثره على شراء أسهم هذه الشركة عند عرضها للاكتتاب العام . وفيما بعد رفضت هيئة التجارة Board of Trade هذا الحق ومنعت الشركة من تسيير تراماتها بالطاقة البخارية فانخفضت قيمة أسهمها تبعا لذلك . وقد رفع المدعى ، وهو أحد المساهمين ، قضية على الشركة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار ، ولكن مجلس اللوردات The House of Lords رفض هذا الطلب . بناء على انعدام نية الغش لدى هؤلاء المديرين[٢] .

ويشترط القانون العرفى فى الغرور الموجب للمسئولية الشروط التالية :

١ – وجود التعبير الخادع على نحو ينافى الحقيقة والواقع ، سواء صدر هذا التعبير شفاهة أو كتابة أو اتخذ شكل السلوك مسلكا عمليا ، كما فى قضية R. V. Barnard (١٨٣٧) الذى دخل محلا فى أكسفورد ، متحليا بالزى الجامعى وهو ليس من المنتسبين إليها مما حمل صاحب المحل على الثقة فيه .

٢ – أن يتعلق هذا التعبير الخادع بحقائق الواقع لا بالانطباعات عن المستقبل أو الآراء ، ففى قضية Wales v. Wadham (١٩٧٧) اعتبر تصريح

---

(١) Tort Law, Dias P. 104 .

(٢) السابق : ص ١٨٥ ، ١٨٧ .

إحدى النسوة بأنها لن تتزوج مرة أخرى من قبيل الحديث عن المستقبل ، وهو ليس غرورا لذلك . أما فى قضية Edgington v. Fitzmaurice (١٨٨٥) فقد أدى سوء التعبير عن الهدف من إصدار السندات إلى إيجاب المسئولية . وتعد الفتوى القانونية من الغرور كذلك إذا تضمنت مخالفة صريحة لنصوص القانون ، كأن تستند الفتوى إلى خطأ فى نقل نص مادة قانونية . وفى قضية The West London Commercigal Bank v. Kiston (١٨٨٤) قامت مسئولية المدعى عليهم بإعلانهم الكاذب عما خوله القانون لهم من التعامل فى السفاتج[1] .

٣ – نية الغش والتدليس لدى الغار ، وإلا لم يكن غارا . ويوضحه حكم مجلس اللوردات The House of Lords فى قضية شركة الترام التى سبقت الإشارة إليها ، حيث لم يعد إعلان المديرين للشركة عن حقهم فى تسيير تراماتها بالطاقة البخارية موجبا للمسئولية لسلامة طوية هؤلاء المديرين وعدم قصدهم إلى التغرير بأحد . لكن عبء إثبات النية السيئة لا يقع على عاتق المدعى ، وإنما يفترض قصد المدعى عليه إلى التغرير إذا لم يطابق قوله الواقع على نحو أضر بالغير ، مع إعطائه الحق فى نفى هذا الافتراض بوسائل النفى المعهودة .

٤ – تصرف المدعى على وفق قصد المدعى عليه تصرفا أضر به . أما لو لم يغتر المدعى بكلام الغار فلا تنشأ المسئولية . وإنما اشترط هذا الشرط ليتحقق شرط الضرر والسببية[2] .

ويلاحظ الكاتبون فى التعديات الموجبة للضمان أن الضرر فى أكثر قضايا الغرور المعروضة على المحاكم من قبيل الضرر المالى وأن عدد محدودا من هذه القضايا هو الذى يتعلق فيه الضرر بالبدن الإنسانى[3] .

وتدل هذه المقارنة على سبق الفقه الإسلامى للقانون العرفى الانجليزى فى إيجاب الضمان بالغرور ، كما تدل على أن اتجاهات القانون العرفى فى ضبط أحكام الغرور الموجب للمسئولية لا تخرج عن الاتجاهات الفقهية فى ضبط أحكام هذا النوع من التعدى .

---

(١) Dias P. 185 .   (٢) السابق : ص ١٨٦ .   (٣) السابق : ص ١٨٤ .

الفرع الثالث : الحيلولة

٣٢٥ – تدل كلمة حال فى اللغة على معنى التعرض والمنع ، كما فى قوله تعالى : ﴿ وحيل بينهما وبين ما يشتهون كما فعل بأشياعهم من قبل إنهم كانوا فى شك مريب ﴾[١] . ومعناه كما جاء فى تفسير القرطبى (حيل بينهم وبين النجاة من العذاب ، وقيل : حيل بينهم وبين ما يشتهون فى الدنيا من أموالهم وأهليهم . ومذهب قتادة أن المعنى أنهم كانوا يشتهون لما رأوا العذاب أن يقبل منهم أن يطيعوا الله جل وعز وينتهوا إلى ما يأمرهم به الله فحيل بينهم وبين ذلك ، لأن ذلك إنما كان فى الدنيا ، وقد زالت فى ذلك الوقت) . ومنه أيضا قوله تعالى : ﴿ وحال بينهما الموج فكان من المغرقين ﴾[٢] . وقوله : ﴿ واعلموا أن الله يحول بين المرء وقلبه ﴾[٣] ، أى يلقى فى قلب المرء ما يحجزه عن مراده ، ويغير عليه نيته[٤] . ومن الواضح لذلك أن أصل حال هو حول قلبت الواو ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها . ومصدره حَوْل الذى يرد بمعنى الحوال ، وهو كما جاء فى لسان العرب كل شيء حال بين اثنين ، يقال هذا حوال بينهما أى حائل كالحاجز والحجاز . وفى هذا المعنى تقول حلت بينه وبين الشر ، وأحول بينهما أشد الحول والمحالة . ونقل بعض أهل اللغة أنه يقال حال الشيء بين الشيئين يحول حولا وتحويلا أى حجز ، كما يقال حلت بينه وبين ما يريد حولا وحؤولا ، وكل ما حجز بين اثنين فقد حال بينهما حولا ، واسم ذلك الشيء الحوال[٥] . وقد فسر قوله ﷺ : اللهم بك أصول وبك أحول بمعنى أى بك أدفع وأمنع ، من حال بين الشيئين إذا منع أحدهما من الآخر[٦] . ولم أجد حيلولة مصدرا للفعل حال فى لسان العرب ولا فى القاموس المحيط ، وإنما وجدته فى المنجد .

---

(١) سبأ : ٥٤ .
(٢) هود : ٤٣ .
(٣) الأنفال : ٢٤ .
(٤) معجم ألفاظ القرآن الكريم ، انتشارات ناصر خسرو .
(٥) لسان العرب ١١/١٨٧ ، دار المعارف .
(٦) السابق : ١١/١٨٩ .

وقد نص السيوطى على الحيلولة بين أسباب الضمان التى فصلها بقوله : (أسباب الضمان أربعة ، **أحدها** : العقد كالمبيع والثمن العين قبل القبض والسلم والإجارة . **الثانى** : اليد مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة إذا حصل التعدى أولا كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسدا . **الثالث** : الإتلاف ، ، نفسا أو مالا . **الرابع** : الحيلولة)[1] . ولا يعنى كونها فى مقابلة أسباب الضمان الأخرى (العقد واليد والإتلاف) اختلافها عنها مغايرتها لها ، إذ الحيلولة لا تخلو أن تكون نوعا من التسبب فى الإتلاف أو الحيازة غير المشروعة للمال على نحو يمنع صاحبه من التصرف فيه وممارسة حقوقه فيه . وتعريف الحيلولة فى الاصطلاح الفقهى هى منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدى إلى الإضرار بهذا الغير فى نفسه أو ماله ، وذلك بالتصرف تصرفاغير جائز ، قولا كان أو فعلا .

ويشير الزركشى إلى التفريق بين الحيلولة القولية والفعلية بقوله : (الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان قولية وفعلية ، فالفعلية توجب الضمان قطعا كالغصب . وفى القولية قولان ، أصحهما نعم ، كما لو قال هذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، فإنا نحكم بكونها لزيد ويغرم لعمرو قيمتها فى الأصح)[2] . ومعناه أنه لو أقر بأن الدار التى فى يده لزيد فإنه يستحقها ، ثم لو أقر بها لعمرو بعد ذلك فإنه يغرم لعمرو قيمتها ، لأنه حال بين عمرو وبين أخذ الدار بإقراره بها لزيد .

٣٢٦ - والحيلولة بهذا مفهوم عام ، يشمل عددًا من التصرفات القولية والفعلية التى يمكن ردها إلى الصور التالية :

الصورة الأولى : الاستيلاء على حق من حقوق الغير : سواء كان هذا الحق عينا أو منفعة . وتترادف هذه الصورة للحيلولة مع الغصب ، وحكمها كحكمه فى إيجاب الضمان .

الصورة الثانية : التسبب فى الحيلولة بين المال وبين مالكه ، بحيث

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى : ٣٦٢ .

(٢) المنثور فى القواعد : ٨٩/٢ .

لا يمكنه الانتفاع به أو التصرف فيه ، كما لو سلم الوديع أو المستعير أو المرتهن المال لغير مالكه ، فإن هؤلاء يضمنونه للحيلولة وإن لم يترتب عليها تلف المال . ولا يرجع ضمانهم إلى الغصب لخلوه من معنى الاستيلاء الذى يعد سببا فيه أو شرطا له باتفاق المذاهب ، والغاصب فى هذه الأحوال هو آخذ المال من هؤلاء . ويختار المالك بين تضمينهم لتعديهم بالحيلولة وبين تضمين الآخذ منهم لتعديه بالغصب ويجب على الحائل دفع قيمة المال لمالكه فى الحال ، ويستردها إذا عاد المال لصاحبه .

ومن التسبب فى الحيلولة بين المال ومالكه أن يتصرف الغاصب فى المغصوب تصرفا يؤدى إلى هذه الحيلولة ، كبيعه للغير أو الانتقال به إلى مكان آخر بحيث تتطلب إعادته إلى مكانه السابق نفقات لا يرضاها المالك فإن له حينئذ أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب للحيلولة التى ترتبت على نقل المغصوص إلى بلد آخر وعدم تيسر رده فى بلد غصبه . ولا ينقطع حق المالك فى المغصوب ما بقى قائما وإن دفع الغاصب قيمته ، لأنه لا يدفعها على وجه المعاوضة ، ولذا يحق للمغصوب منه رد القيمة وأخذ المغصوب إذا ظهر بعد ذلك وأمكن رده لمالكه ، خلافا للأحناف الذين رأوا استقرار ملك المغصوب للغاصب إذا دفع قيمته ، لأنه يدفعها على وجه المعاوضة ، حتى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد . وفى المهذب أنه (إن ذهب المغصوب من الغاصب وتعذر رده بأن كان عبدا فأبق أو بهيمة فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة ، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البدل ، كما لو تلف)[1] .

الصورة الثالثة : التسبب فى الحيلولة بتصرف جائز شرعا ، كما (إذا ادعى عينا غائبة عن البلد ، وسمع القاضى البينة ، وكتب بها إلى قاضى العين ليسلمها للمدعى بكفيل لتشهد البينة على عينها ، وفى هذا حيلولة بين الرجل وماله قبل إقامة البينة . قال الفورانى : ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة . وهو قضية كلام الماوردى أيضا)[2] . ومعناه أنه إذا أراد المدعى إحضار العين المتنازع عليها

---

(١) المهذب : ١/٣٦٨ ، ومغنى المحتاج : ٢/٢٨٣ .

(٢) المنثور فى القواعد : ٢/٩١ .

إلى مجلس القضاء دفع قيمتها للمدعى عليه ، لأنه حال بذلك بين الرجل وماله قبل إقامة البينة . ويختلف ذلك عن الصور السابقة للحيلولة من جهة أن التصرف فى هذه الصورة جائز شرعا .

الصورة الرابعة : منع الشخص من رعاية ماله أو حفظه على نحو أدى إلى إتلافه . من ذلك أن يريد رجل سقى أرضه أو زرعه من مجرى له فجاء آخر ومنعه الماء حتى فسد زرعه أو يمنع الراعى حتى ضاعت المواشى[1] . ومثله (ما لو حبس المتاع عن ربه حتى أخذه اللص ونحوه)[2] . وللعلماء فى ذلك المذاهب التالية :

١ – عدم إيجاب الضمان بهذا النوع من الحيلولة مطلقا ، وهو مذهب بعض الأحناف الذى ينقله ابن الشحنة . وعبارته فى ذلك : (رجل أراد سقى أرضه أو زرعه من مجرى له فجاء رجل ومنعه الماء ففسد زرعه قالوا لا شيء عليه ، كما لو منع الراعى حتى ضاعت المواشى)[3] . ويُنْقَلُ عن العمادى الحكم بعدم الضمان فيما لو حبس رجلا حتى ضاع ماله . ولا يضمن عند بعض الأحناف من يقف إلى جوار دابة ويمنع صاحبها عنها حتى هلكت . بل يرى بعض الأحناف كذلك أن من قتل رجلا معه مال ولم يأخذه حتى تلف أوضاع أنه لا يكون مسئولا إلا عن القتل ولا يكون مسئولا عن ضياع المال أو تلفه[4] . وهو مذهب بعض الشافعية أيضا ؛ ففى مغنى المحتاج أن من (ذبح شاة رجل فهلكت سخلتها أو حمامة فهلك فرخها ضمنها لفقد ما يعيشان به . فإن قيل لو حبس المالك على ماشيته ، ولو ظلما فهلكت لم يضمنها فهلا كان ذلك كذلك ؟ أجيب بأن التالف هنا جزء أو كالجزء من المذبوح بخلاف الماشية مع مالكها وبأنه هنا أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه ثم . ولو أراد سوق الماء إلى النخل أو الزرع فمنعه ظالم من السقى حتى فسدت لم يضمن كما فى زوائد الروضة ، كما لو حبس المالك عن الماشية ، خلافا لما صححه فى الأنوار من الضمان)[5] .

---

(١) لسان الحكام لابن الشحنة : ٤٠٤ .
(٢) الخرشى : ١٤٠/٦ ، والدسوقى : ٤٥٢/٣ .
(٣) لسان الحكام : ٤٠٤ .
(٤) السابق : ٣٠٦ .
(٥) مغنى المحتاج : ٢٧٨/٢ .

٢ - إيجاب الضمان مطلقا ، وهو مذهب المالكية والحنابلة وبعض الأحناف ، فقد سئل الشيخ نظام الدين من الأحناف عن رجل ختم ماء أرز حتى هلك الأرز هل يضمن فأجاب بأنه يضمنه بكونه سببا للتلف[١] . وقد أخذت المجلة بهذا الرأى ، ففى المادة ٩٢٢ أنه لو (سد واحد ماء أرض لآخر أو ماء روضته ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت أو أفاض الماء بزيادة ففرغت المزروعات وتلفت كان ضامنا) . ويلتحق بذلك أن يمنع الحيوانات عن صاحبها . ولا فرق فى الواقع العملى بين أن يكون ذلك بفعل فى المال أو فى مالكه ، لانتساب التلف عرفا إلى هذا الفعل دون غيره فوجب الضمان به . وهو مذهب المالكية ، فعندهم أن من حبس المتاع عن ربه حتى أخذه لص كان هذا الذى حبسه ضامنا له ، سواء تمكن صاحبه من الأخذ من اللص أو لم يتمكن ، ويرجع المتسبب على المباشر[٢] . والأصح فى مذهب الحنابلة تضمين الحائل المتسبب فى الإتلاف ، فعندهم أن حبس الإنسان الحر مدة تفوت فيها منافعه مما يوجب الضمان للحيلولة . ويبدو أن عددا من فقهاء الشافعية يصححون إيجاب الضمان بالحيلولة مطلقا ، سواء كانت قولية أو فعلية . وهو ماصححه الزركشى . ويوجب الشافعية الضمان (على الشاهدين إذا رجعا بعد الحكم بالطلاق ، لأنه لا يمكن تداركه بالتصادق والاتفاق ، وكل من حال بين رجل وبضعه غرم مهر المثل كالرضاع والشهود الراجعين .. واعلم أن الإمام الشافعى نص على أن من أفسد على الزوج النكاح بالرضاع يلزمه نصف مهر مثلها ، ونص فى شهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة قبل الدخول بلزوم غرم جميع المهر ، فقيل قولان ، بناء أو تخريجا)[٣] . وجاء فى لسان الحكام كذلك أنه إذا كان لرجل نوبة ماء فى يوم معين من الأسبوع ، فجاء رجل وسقى أرضه فى نوبته فإن غاصب الماء يكون ضامنا فيما ذهب إليه الشيخ على البزدوى من علماء الأحناف[٤] .

٣ - إيجاب الضمان مقيد بأن تكون الحيلولة بفعل فى المال لا فى

---

(١) لسان الحكام : ٣٠٦ .

(٢) حاشية الدسوقى : ٤٥٢/٣ ، والخرشى : ١٤٠/٦ .

(٣) المنثور فى القواعد ٩٠/٢ .

(٤) لسان الحكام : ٤٠٤ .

صاحبه ، فقد نقل ابن الشحنة عن العمادى أن من حبس رجلا حتى ضاع ماله لا يضمن ، بخلاف ما إذا حبس المال من المالك وضاع فإنه يضمن[1] . وإنما يشترط الأحناف هذا الشرط بناء على اشتراطهم فى الاستيلاء الموجب للغصب أن يكون بفعل فى المال لا فى مالكه ، فضلا عن عدم وضوح التفرقة بين الغصب والحيلولة فى إيجاب الضمان لديهم . ويقيد بعض الأحناف إيجاب الضمان فى الحيلولة بين المالك والمال بأن يكون هذا المال من المنقولات ؛ ففى جامع الفصولين أنه (إذا حال بينه وبين أملاكه حتى تلفت لم يضمن . ولو فعل ذلك فى المنقول ضمن)[2] . ومرد هذا التفريق فى الحيلولة إلى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فى جريان الغصب فى المنقول دون العقار ، خلافا لمحمد بن الحسن الذى أجرى الغصب فى العقار والمنقول على السواء . وهو يدل على أن الذين أوجبوا الضمان مطلقا بالحيلولة من الأحناف قد رجحوا مذهب محمد .

ويترجح لى الحكم بإيجاب الضمان مطلقا بالحيلولة ، شريطة أدائها إلى التلف ونسبة الضرر إلى حدوثها فى المجرى العادى للأمور ، بناء على المبدأ القطعى القاضى بمسئولية كل امرىء عما كسب ، وبناء على افتراق الحيلولة من الغصب فى إيجاب الضمان فى هذه الصورة . وإذا لم يكن هناك خلاف بين الفقهاء فى إيجاب الضمان بالحيلولة فى الصور الثلاث المتقدمة فيتحصل أن الحيلولة سبب للضمان .

---

(١) لسان الحكام : ٤٠٤ .
(٢) جامع الفصولين : ١١٧/٢ .

الفرع الرابع : الدعوى الكيدية والسعاية

٢٩٤ – على الرغم من الإجماع على إنشاء الدعوى الكيدية للمسئولية الجنائية وفرض العقوبة التعزيرية على صاحب هذه الدعوى فقد تناول الفقهاء كذلك ما تسببه هذه الدعوى من مسئولية مدنية أو حق التعويض للمتضرر بها .

ولا يخفى أن الدعوى الكيدية Malicious Prosecution نوع من الغرور الموجب للضمان كذلك ، وإنما أفردها الفقهاء بالبحث لأهميتها فى الواقع العملى وتكرر وقوعها ، نظرا للجوء البعض إلى اتهام خصومهم فى ساحات القضاء بما يؤذيهم ويضربهم فى سمعتهم وأموالهم ، فمست الحاجة إلى الضرب على أيدى هؤلاء بالعقوبات التعزيرية وبتعويض المتهمين عما لحقهم من غرامات وخسائر[1] .

والسعاية : هى رفع الدعوى الكاذبة إلى صاحب سلطة رسمية بما يشمل جماعة الشرطة والهيئة القضائية والسلطان وأعوانه على نحو يؤدى إلى الإضرار بالمتهم . وإنما تتحقق السعاية الموجبة للضمان لذلك باستجماع الشروط التالية :

١ – توجيه أحد دعوى على غيره لجهة تملك المساءلة والعقوبة .

٢ – ظهور كذب هذه الدعوى بحكم قضائى سابق أو ببحث القاضى الناظر فى قضية الضمان .

٣ – كون الساعى لا حق له فيما ادعاه (من كل وجه)[2] .

٤ – نية التعدى فى الادعاء ، أو عدم تحوط المدعى وتبصره فى المعلومات التى استند إليها فى ادعائه .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٦٣ .

(٢) الفتاوى الغيائية : ١١٦ .

وتختلف السعاية الموجبة للضمان بذلك عن مجرد الشكوى لغير أصحاب النفوذ من الزملاء أو الجيران ، كما تختلف عن النميمة أو الغيبة ، من جهة اشتراط كون السعاية بالتوجه إلى سلطة من السلطات الرسمية . أما إيجاب الضمان بالسعاية فيشترط له تعدى الساعى من كل وجه ، بنية التعدى أو بإهماله وتسرعه فيما استند إليه من معلومات لتحريك الدعوى وقد اختلف فقهاء الأحناف فى بادىء الأمر فى إيجاب الضمان بالسعاية ، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم إيجابها للضمان ، تغليبا للمباشرة على التسبب واكتفاء بالعقوبة التعزيرية لردع أمثال هؤلاء الذين يقدمون على اتهام غيرهم بالباطل . أما محمد وزفر فقد أوجبا الضمان بالسعاية ، وهو الذى رجحه متأخرو الأحناف (لغلبة السعاية فى زماننا) بالتعبير الذى تناقله معظم المؤلفين الذين تناولوا أحكام السعاية . ويوضح هذا الذى أجملته النصوص الفقهية التالية :

- (لو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلا ، فلو بحق ، نحو أن كان يؤذيه وعجز عن دفعه إلا بسعيه أو فاسقا لا يمتنع بالأمر بالمعروف ، ففى مثله لا يضمن . والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال منه ، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة)[1] .

- تفسير السعاية ، قال شمس الإسلام : (لو قال عند ظالم فلان وجد مالا أو أصاب ميراثا أو قال عنده مال فلان الغائب ، أو أنه يريد الفجور بأهلى ، فإن كان السلطان ممن يأخذ المال بهذه الأسباب كان ذلك سعيا موجبا للضمان إذا كان كاذبا فيما قال . وإن قال إنه ضربنى أو ظلمنى وهو كاذب فى ذلك كان ضامنا)[2] .

- (لو وقع فى قلبه أنه يجىء إلى امرأته أو أمته فرفع إلى السلطان فغرمه ، وظهر كذبه لم يضمن الساعى عند الشيخين ، وضمن عند محمد وبه يفتى لغلبة السعاية فى زماننا)[3] . وإنما ضمن على المفتى به رغم عدم تعمده الكذب على من اتهمه ، ووقوع التهمة فى قلبه لتسرعه .

---

(١) مجمع الضمانات : ١٥٤ .

(٢) السابق : ١٥٥ .

(٣) السابق .

ويشبه ذلك قضية Dr. Abrath v. North Western Ry Co. حيث أصيب شخص يدعى Mc Mann فى حادث اصطدام قطارين من القطارات التى تسيرها الشركة . وقد رفع هذا المصاب الأمر إلى القضاء مطالبا بالتعويض عما حدث له ، فاضطرت الشركة إلى التصالح معه نظير تعويض مالى كبير ، بناء على نصيحة الطبيب المعالج الدكتور (أبراث Abrath) . غير أن الشركة قد قام لديها وجود نوع من التواطؤ بين هذا الطبيب وبين المصاب فى تقدير مصابه ، بناء على ما أظهره التحقيق الذى قامت به إداراتها فأقامت دعوى ضد هذا الطبيب الذى أثبت براءته من هذا الادعاء . ولما حكمت المحكمة ببراءته من هذه التهمة رفع على الشركة دعوى بالتعويض عما لحقه من أضرار . وقد حكمت له المحكمة بتعويض مناسب ، بناء على أن الشركة قد تسرعت فى رفع الدعوى وأنه لم يكن هناك مبرر كاف للاعتقاد بالتواطؤ بين المصاب والطبيب .

– ذكر البزدوى أنه : (لو سعى إلى السلطان فغرمه ، روى عن بعض علمائنا أنهم أفتوا بضمان الساعى ، وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان بأنه إذا كان معروفا بتغريم من سعى إليه ضمن وإلا فلا . قال ونحن لا نفتى به فإنه خلاف أصول أصحابنا ، إذ السعى سبب (غير) محض للإهلاك ، إذ السلطان يغرمه اختيارا لا طبعا ، ولكن نكل الرأى إلى القاضى ، إذ الموضع مجتهد فيه)[1] .

– (وفى فتاوى القاضى ظهير الدين فى الوصايا : ادعى عليه سرقة وقدمه إلى السلطان يطلب منه ضربه حتى يقر فضربه مرة أو مرتين وحبسه فخاف من التعذيب والضرب فصعد السطح لينفلت فسقط عن السطح فمات وقد غرمه فى هذا الأمر فظهرت السرقة على يد غيره فللورثة أخذ مدعى السرقة بدية مورثهم وبغرامة أداها إلى السلطان . من الفصولين)[2] .

– وفى حاشية العدوى أنه إذا (اعتدى على رجل وقدمه للسلطان والمعتدى يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز فى ظلمه فأغرمه ما لا يجب عليه فاختلف فى تضمينه ، فقال كثير : عليه الأدب ، وقد أثم ، ولا غرم عليه ..وكان بعض

---

(١) السابق .

(٢) السابق ، وجامع الفصولين لابن سماوة : ٢/١٠٩ ، ومعين الحكام للطرابلسى : ١٥٦ ، ولسان الحكام لابن الشحنة : ٣١٣ .

شيوخنا يفتى إن كان الشاكى ظالما فى شكواه غَرِم ، وإن كان مظلوما ولم يقدر أن ينتصف منه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه وعدا عليه لم يغرم ، لأن الناس إنما يلجأون فى المظلمة إلى السلطان ، وعلى السلطان متى قُدِر عليه رد ما أخذه ظلما من المشكو . وكذا ما أغرمته الرسل[1] . وهو مثل ما أغرمه السلطان يفرق فيه بين من ظلمه الشاكى وغيره)[2] . ويدل ذلك على تردد المالكية فى التضمين بالسعاية وترجيحهم إيجاب الضمان بها ، شريطة تعدى الشاكى .

– وفى كشاف القناع : إذا ظهر كذب المدعى فى دعواه بما يؤذى به المدعى عليه عزر لكذبه وأذاه للمدعى عليه .. ويلزمه ما غرمه بسببه ظلما لتسببه فى غرمه بغير حق[3] . ويفرق فى المذهب الحنبلى بين (الاستعداء) أو الخصومة القضائية الظالمة وبين مالم يكن ظلما ، فيضمن المستعدى شريطة ظلمه ، (وقيد الاستعداء فى المحرر والمبدع بما إذا كان إلى جماعة الشرطة)[4] لإيجاب الضمان به .

ومن هذا يتضح أن المضمون بالسعاية هو الضرر الذى ينسب إليها ، سواء تعلق هذا الضرر بالأموال أو الأبدان والنفوس ، كما يتضح أن السعاية أعم من الشكاية والاستعداء فى خصومة قضائية وإن كانت الشكاية الظالمة أهم تطبيقاتها الحديثة ، وهى بهذا أعم مما يصطلح عليه فى القانون العرفى الانجليزى Malicious Prosecution الذى يختص بالشكوى القضائية الظالمة أو التى لا تستند إلى أساس معقول يبررها .

---

(١) الرسل نواب السلطان وموظفوه .

(٢) العدوى على هامش شرح الخرشى : ١٤٣/٦ ، وانظر حاشية الدسوقى : ٤٥٥/٣ .

(٣) كشاف القناع : ١٢٨/٦ .

(٤) كشاف القناع : ١٧/٦ .

الفرع الخامس : شهادة الزور

يضمن الشهود إذا خالفوا ما أوجبه الشارع عليهم من أداء الشهادة على وجهها ما ترتب على شهادتهم من ضرر لتعديهم وهي توجب المسئولية الجنائية لذلك والعقوبة بالتشهير والتعزير فيما روى عن كثير من فقهاء الصحابة والتابعين[1] . ويلتحق بشهادة الزور في إيجاب الضمان شهادة المجازف أو غير المتثبت إذا بان كذبه بعد قضاء القاضي بموجبها . من ذلك ما رواه الشعبي (أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بعد ذلك بآخر فقالا : وهمنا ، إنما السارق هذا . فقال علي رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا الآخر ، وأضمنكما دية يد الأول ، ولو أني أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما) . ويستدل السرخسي بهذا الأثر على صحة الرجوع عن الشهادة في حق الشهود وضمانهما ما استحق بشهادتهما[2] . وإنما يضمن الشاهد الزور والراجع عن الشهادة بعد القضاء بها لأنه تسبب (في إتلاف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق .. والإتلاف وإن كان يحصل بقضاء القاضي ، فسبب القضاء شهادة الشهود ، وإنما يحال بالحكم على أصل السبب ، وهذا لأن القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم .. ولا يمكن إيجاب الضمان على القاضي لأنه غير متعد في القضاء ، بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لإيجاب الضمان عليهم . وعن إبراهيم رحمه الله قال : إذا شهد شاهدان على قطع يد فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية .. لأنهما سببا قطع اليد بطريق هو تعد منهما ، وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الإضرار بغيره في نفسه أو ماله بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة . والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر

---

(١) المبسوط للسرخسي : ١٦/١٤٥ ، ١٧٧ .

(٢) السابق : ١٦/١٧٨ .

ووضع الحجر فى الطريق .. وإذا كانا ضامنين للدية إذا رجعا كان أحدهما ضامنا لنصف الدية إذا رجع ، لأن شهادة كل واحد منهما تقوم بنصف الحجة ، فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف أيضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه ، وذلك النصف . وكذلك لو شهدا بمال فقضى القاضى به ثم رجع أحدهما فعلية نصف المال)[1] .

وإنما يشترط لإيجاب الضمان بالكذب فى الشهادة الأمور التالية :

١ - التقدم بوجه الشهادة إلى جهة قضائية . أما مجرد تزكية الشهود كذبا أو مجازفة دون تثبت فلا يجب به ضمان (لأن الحكم تعلق بشهادة الشهود ولا تعلق له بالمزكين ، لأن المزكين أخبروا بظاهر حال الشهود وأما باطنه فعلمه إلى الله تعالى)[2] . وعلى الرغم من أن التزكية نوع شهادة فإن الرجوع فيها قد يكون مبررا من الناحية الخلقية ، كما أنها تعد سببا بعيدا Remote Cause للإتلاف لتدخل الشهادة وقضاء القاضى بين التزكية والإتلاف ، ويترجح لهذا عدم وجوب الضمان بالرجوع فى تزكية الشهود .

٢ - ظهور كذبهما فيما ترتب عليه الحكم ، كأن يشهدا بمديونية المدعى عليه على نحو أدي إلى حكم القاضى للمدعى بالدين . أما إذا لم يكن لكذبهما أثر فى تغيير الحكم فلا يجب عليهما الضمان . من ذلك أنهما لو شهدا بأن امرأة معينة كانت زوجة لرجل أثناء وفاته ، وأنه مات وهى زوجته ، فقضى لها القاضى بالميراث منه ، ثم ظهر أن الرجل طلقها قبل وفاته وأنها كانت تعتد منه ، أو أنه طلقها بائنا فرارا من توريثها ولم تنته عدتها منه فى تاريخ وفاته . ولا يجب عليهما ضمان ما استحقته المرأة من الميراث ، لأنه لا تغيير فى الحكم بتوريثها[3] . .

٣ - ثبوت الرجوع أو التزوير بحكم القاضى ، حتى لو رجع عند غير القاضى لا يصح . ولو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان . وكذا لا تقبل بينته على الرجوع لأنه ادعى رجوعا باطلا)[4] عند بعض العلماء .

---

(١) السابق : ١٨٠/١٦ ، وانظر كذلك حاشية الدسوقى : ٢١٧/٤ .
(٢) كشاف القناع : ٤٤٢/٦ .
(٣) لسان الحكام : ٢٤٩ . (٤) السابق .

والواجب أن يمكن من إثبات تناقض الشاهدين ورجوعهما فى غير مجلس القاضى برفع الأمر إليه وسوق الحجج أمامه ، فإن ثبت للقاضى ذلك حكم به وإلافلا . والعبرة بقضاء القاضى فى الحكم بالرجوع ، حتى لو كان قاضيا آخر غير الذى شهد أمامه ، ففى لسان الحكام : (لو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه . لكن إذا قضى القاضى عليه .. وإذا أقر الشاهدان عند القاضى أنهما رجعا فى غير مجلس القاضى يصح ويجعل الإقرار بمنزلة الإنشاء)[1] .

٤ - حدوث الرجوع أو معرفة التزوير فى الشهادة بعد القضاء بها ، بخلاف رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم بها فإنه يلغيها ، فلا يحكم بها ولا يضمن شيئا . أما رجوع شهود المال أو العتق بعد الحكم فلا يوجب نقض هذا الحكم ، (ولو قالوا أخطأنا فيها ، ويضمنون بذلك المال الذى شهدوا به وقيمة العبد الذى شهدوا بعتقه ، سواء نفذ الحكم فقبض المحكوم به أو لا ، وسواء كان قائما أو تالفا . لكن لو صدقهم المشهود له فى رجوعهم زال الضمان عنهم ويلزم المحكوم له رد ما قبضه إن كان قائما أو بدله إن كان تالفا . أما إذا لم يكن قبض شيئا بطل حقه من المشهود به)[2] . ويفرق الأحناف والمالكية والشافعية بين رجوع الشهود قبل الحكم بها وبعده ، وإنما يجب الضمان بالرجوع بعد الحكم بها ، لأنه هو الذى يتحقق به الضرر[3] .

٥ - تقوم الضرر الناشىء عن كذب الشهود واعتباره من الأضرار المضمونة شرعا . وفى ذلك يقيد الأحناف الضرر المضمون بالرجوع فى الأضرار المالية والبدنية خلافا للشافعية الذين يتوسعون فيه فيلحقون به غيره مما لا يعد من هذين النوعين على وجه الخصوص . ويتضح ذلك بالإشارة إلى اختلاف فقهاء المذهبين فيما إذا شهد اثنان على رجل بطلاق زوجته أو باختلاعها منه أو بأنها زوجة غيره فقضى القاضى بشهادتهما ثم ظهر كذبهما فلا ضمان عليهما عند الأحناف لأن الضرر الناشىء عن هذا الكذب ضرر معنوى لا يتقوم بمال ،

---

(١) السابق .

(٢) مادة ٢٢٣١ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٣) مبسوط : ١٦/١٧٨ ، والمادة ١٧٢٩ من العدلية ، وحاشية الجمل : ٥/٤٠٥ وما بعدها ، وكشاف القناع : ٦/٤٤٢ .

وهو إنهاء العلاقة الزوجية ، فلا يكون مضموناً[١] . أما الشافعية فيرون أن الإضرار بإنهاء العلاقة الزوجية مما يمكن تقويمه بالمال ، وذلك بالرجوع إلى مهر المثل ، فيجب ضمانه . وليس هذا الضمان فى مقابلة المهر الذى دفعه الزوج بالفعل حتى يكون الضمان الواجب عند الشافعية فى مقابلة المال التالف عليه وإنما هو فى مقابلة تفويت حقه فى هذه العلاقة ، مما يقربه هذا الضرر من قسم الأضرار الأدبية أو المعنوية . جاء فى شرح المنهج : (لو شهدوا ببينونة كطلاق بائن ورضاع محرم ولعان وفسخ بعيب .. بين الزوجين فرجعوا عن شهادتهم لزمهم مهر مثل ولو قبل وطء أو بعد إبراء الزوجة زوجها عن المهر ، نظرا إلى بدل .. المفوت بالشهادة ، إذ النظر فى الإتلاف إلى المتلف لا إلى ما قام به على المستحق ، سواء دفع الزوج إليها المهر أم لا ، بخلاف نظيره فى الدين لا يغرمون قبل دفعه لأن الحيلولة هنا قد تحققت)[٢] . والحنابلة فى هذا أقرب إلى الأحناف[٣] .

٦ - نسبة الضرر إلى كذب الشهود . أما إذا انقطعت هذه النسبة فلا يجب الضمان . ولذا لوشهدوا بطلاق زوجته طلاقا رجعيا أثناء قيام عدتها منه فاختار تركها حتى تبين منه لم يجب عليهم ضمان عند القائلين بوجوبه فى هذا النوع من الضرر ، وذلك لانتفاء نسبة الضرر إلى كذبهم ونسبته إلى اختياره هو . وكذلك لو شهدا بمال على شخص لآخر فرجعا عن شهادتهم وأقر هو بالمال فإنه لا يرجع عليهم . ومن جنسه ما لو (شهدا على رجل أنه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذى على فلان ، وفلان مقر بالدين ، فقضى القاضى به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فأنكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما ، لأنهما لم يتلفا المال بشهادتهما .. والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك ، لأن المال بقضاء القاضى حصل فى يده أمانة للموكل ، وقد تعدى بالاستهلاك)[٤] ولو شهدا على مضارب بأن حصته من الربح هى الربع فقضى بها القاضى فظهر

---

(١) المبسوط : ١٨٦/١٦ .

(٢) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى بهامش حاشية الجمل : ٤٠٦/٥ .

(٣) المادة ٢٢٣٢ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٤) ... وط : ١٩٢/١٦ .

أنها تزيد عن ذلك إلى النصف ضمنا له فرق ما بينهما فى الربح السابق على الحكم بالشهادة لا فى الربح المستفاد بعد الحكم بشهادتهما ، لأنه كان له الحق فى فسخ المضاربة ، فاستمراره فيها بعد الحكم بربع الربح بهذه الشهادة دليل على رضاه بهذه الحصة فلا يرجع عليهما[1] . ولا تنتفى نسبة الضرر إلى خطأ الشهود بخطأ القاضى وتعديه ، فلو عرف كذبهم فى شهادتهم وقضى بها اشترك معهم فى المسئولية[2] .

٣٢٩ – ولا فرق فى خطأ الشهود الذى يجب به الضمان بين إظهار الشهود أنفسهم لهذا الخطأ بنحو إقرار بكذب أو غلط أو نسيان وبين اكتشاف القاضى ذلك لوقوعهم فى التناقض . ويطلق الرجوع عن الشهادة على كل ذلك ؛ ففى المادة ٢٢٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية أن (الرجوع عن الشهادة أن يقول رجعت عن شهادتى أو أخطأت فيها أو شهدت زورا ونحو ذلك . وفى حكم الرجوع أن يشهد بعد الحكم بشهادته بما ينافيها) . وينبغى إلحاق إنكار الشهادة بالرجوع عنها فى إيجاب الضمان ، ما لم يكن هذا الإنكار بعذر كتقادم زمان ، خلافا لما حكاه بعضهم من أن الإنكار للشهادة لا يعد رجوعا عنها[3] . ولا فرق بين الرجوع عن الشهادة كلها أو بعضها ، كما لو شهد بدار وبنائها وما فيها من أمتعة فقضى بها ثم رجع عن الشهادة بالبناء أو الأمتعة والأثاث فإنه يضمن بذلك لإبطاله الشهادة كلها[4] .

٣٣٠ – ولا فرق فى الضرر المضمون بالرجوع عن الشهادة بين أن يكون حقا من الحقوق غير المالية ، كالنكاح الذى سلفت الإشارة إلى خلاف الفقهاءفيه ، وبين أن يكون حقا من الحقوق المالية ، سواء تعلق بالأعيان أو الديون . فلو شهدا بعين لرجل ثم رجعا ضمنا هذه العين . وكذلك لو كان لرجل على رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو

---

(١) السابق : ١٩٤/١٦ .
(٢) كشاف القناع : ١١٠/٥ .
(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز : ص ١٠٧٣ .
(٤) السابق .

حلله أو أوفاه ثم رجعا ضمنا المال ، لأنهما أتلفا عليه المال بشهادتهما . فإن قيل قد أتلفا عليه الدين فكيف يضمنان له العين ؟ قلنا قد أتلفا عليه دينا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك دينا فى ذمتهما يتعين بالقبض منهما)[1] .

ويدخل فى الضرر المضمون كذلك كذب الشهادة بتأجيل الدين ، فلو شهدا بأنه كان وافق على تأجيل الدين عاما فقضى للمدين بالتأجيل ورجعا عن شهادتهما ضمناه للدائن حالا ، لإتلافهما حق القبض الحال له ويرجعان على المدين بما ضمناه فى الأجل المحكوم له به[2] .

---

(١) المبسوط : ١٦/١٩٣ .
(٢) السابق .

الفرع السادس : الدلالة

٣٣١ – تعنى الدلالة فى سياق الضمان تيسير الاستيلاء على مال الغير بالإرشاد عنه والتعريف به أو الإغراء عليه لأخذه أو إتلافه . والدلالة أو الإغراء بهذا من التسبب الذى لا يؤدى إلى الإتلاف بذاته ، بل بواسطة فعل آخر ، هو فعل المباشر الذى يرجع إليه الضرر . وقد كان القياس أن يجب الضمان على فعل المباشر لقوته على فعل الدال فى إحداث الضرر ، ولأن المباشر إنما يتحرك باختياره وقصده ، ولا يترتب عمله على إغراء الغير له بهذا العمل أو تيسيره له . وهو مذهب عدد من الفقهاء فيوجبون الضمان على الآخذ لا على المغرى بهذا التوجيه . ويستثنى جمهور المتأخرين صورتين يجب فيهما الضمان على الدالّ ، وهما :

الأولى : أن يغلب أداء الدلالة إلى إتلاف المال أو أخذه . من ذلك أن يكون المغرى أو المدلول ظالما معروفا بقهره للناس على أموالهم . وإنما يشير الفقهاء فى توضيحهم لهذه الصورة إلى كل من السلاطين الظلمة واللصوص وقطاع الطرق ومن فى حكمهم ، ممن كانت عادتهم أخذ ما يستحسنونه لأنفسهم من أموال الناس ، وقهرهم عليها . ففى مجمع الضمانات أنه (لو قال عند السلطان إن لفلان فرسا جيدا أو أمة جيدة والسلطان يأخذ فأخذ ضمن .. وسواء أخبر الساعى عند السلطان أو عند غيره لو كان ذلك الغير يقدر على أخذ المال منه ويُعْجَزُ عن دفعه)[1] ومن جنسه ما لو أخبر أحد هؤلاء السلاطين الظلمة (ببيع أو شراء حتى أخذوا الدامغان أو الجباية منه يضمن ، وللمظلوم أن يرجع عليه)[2] إذا كان من عادتهم أخذ مثل هذه الرسوم الظالمة على صفقات البيع والشراء . وكذلك لو أخبر أحدٌ (الظلمةَ أنّ لفلان حنطة فى مطمورة فأخذوها منه فله أن يرجع بها على

---

(١) مجمع الضمانات : ١٥٤ .
(٢) السابق : ١٥٦ .

المخبر . وكذا إذا علمها الظالم لكن أمره الساعى بالأخذ يضمن)[1] . وإنما يشترط للضمان فى هذه الأحوال : ١ - اعتياد الظالم على الظلم وميله إليه . ٢ - قدرته على الأخذ . ٣ - عجز صاحب المال عن دفعه . فإن انتفى أى من ذلك لم يكن الفعل من الدلالة الموجبة للضمان . أما دلالة اللص والإدلاء لموظف رسمى ببيانات كاذبة تؤدى إلى تغريم المخبر عنه فترق إلى أن تكون من الدلالة الموجبة للضمان . ومنه أن يدل الأعداء على مصادر الثروة فى الوطن أو أن يغريهم بها فإنه يضمن ما نهبوه منها بدلالته وإغرائه . وقد نص الإباضية فى ذلك على تضمين الجاسوس ما يتلفه العدو[2] .

وإنما أصبحت الدلالة فى هذه الصورة موجبا للضمان بحكم أنها صارت فى هذه الظروف سببا مألوفا لأخذ المال . وقد رجح المتأخرون من فقهاء الأحناف مذهب محمد وزفر فى إيجاب الضمان بالدلالة زجرا عن مثل هذا العمل ودفعا لما فيه من فساد[3] .

الصورة الثانية : أن تنطوى الدلالة على مخالفة ما ألزم به الدال نفسه من واجب الحفظ باتفاق على هذا الواجب . من ذلك أن يستودعه أحد مالا فيدل عليه من يأخذه . ولا يشترط فى المدلول أن يكون معروفا بأخذ المال ، فلو دل خادمه على وديعة الذهب الذى عنده فأخذه الخادم وهرب به ، ولم يكن من عادة الناس أن يطلعوا خدمهم على مثل هذه الوديعة ضمن الدال ، لمخالفته ما وجب عليه من الحفظ . أما لو عرف بها ابنه وأخبر الخادم عن مكانها فإن المخبر لا يضمن لأنه لم يخالف ، حيث لم يدخل فى اتفاق مع صاحب المال يقضى بحفظه . جاء فى مجمع الضمانات أن (وارث المودَع إذا دل السلطان على الوديعة لا يضمن : و المودَع إذا دل يضمن)[4] . وينتفى عنه الضمان إذا عاد إلى الوفاق بعد المخالفة بالدلالة بأن حاول منعها من الراغب فى أخذها ، وذلك بإخفائها أو

---

(١) مجمع الضمانات : ١٥٦ .
(٢) أطفيش : ١٧٤/٨ .
(٣) الفتاوى الغياثية : ١١٦ .
(٤) مجمع الضمانات : ٧٤ .

المرونب بها ، أو ما إلى ذلك ونقل عن بعض الفقهاء أن (المودَع إذا دل إنسانًا على الوديعة إنما يضمن إذا لم يمنع المدلول عليها من الأخذ حالة الأخذ . أما إذا منعه لا يضمن)[1] . والعبرة بتحقق معنى التعدى ورجوعه عنه بتدبيره ، فإن ثبت استمرار تعديه على نحو أدى إلى وقوع الضرر كان ضامنا وإلا فلا .

وإيجاب الضمان الدلالة فى هذه الصورة لمخالفة الدال ما أوجبه على نفسه بالعقد .

وإنما تختلف الدلالة عن السعاية من جهة أن الدلالة تستند إلى حقائق متطابقة مع الواقع بخلاف السعاية التى تقوم على الإضرار بالغير عن طريق إلقاء بيانات كاذبة تؤدى إلى تدخل سلطات الدولة تدخلاً يضر بحقوق هذا الغير . ومن جهة أخرى فإن السعاية تستند فى إيقاع الضرر إلى السلطات الرسمية للدولة على حين تستند الدلالة إلى قوة الخارجين على هذه السلطة مهما كانت وظائفهم .

---

(١) السابق .

الفرع السابع : الأمر

٣٣٢ – الأمر هو طلب الفعل على وجه الاستعلاء[1] ، وإنما يكون من الأعلى للأدنى كالرئيس للمرؤوس والسيد للخادم والأستاذ لتلميذ الصنعة . ويختلف الأمر عن الإذن الذى يكون بين متساويين ، وذلك كما لو وافق أحد لآخر على الانتفاع بملكه . ويستند أساس الاستعلاء الذى يتضمنه الأمر إلى : ١ – صدوره من سلطة عامة أو خاصة أوجب الشرع اتباعها وطاعتها ، كالرئيس والمرؤوس والقائد والجند والأب وابنه . ٢ – أو التزام المأمور نفسه بالعمل وفق ما يطلبه الآمر ، كالسيد والخادم والمدير والعمال .

والقاعدة الفقهية أنه إذا أمر عليٌّ زيدا بإتلاف مال بكر أن يقع الضمان على الفاعل لا الآمر ، بحكم كون الفاعل مباشرا والآمر متسببا ، وينتسب الضرر إلى فعل المباشر إذا اجتمع فعله وفعل المتسبب . وعبارة ابن رجب فى ذلك فى القاعدة السابعة العشرين بعد المائة : (إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ، سواء كانت ملجئة (أم لا) . ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب فى الضمان)[2] . وقد نصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٨٩ على هذا الأصل ، حيث جاء فيها (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا) . ومقتضاه أنه لو أتلف أحد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الآمر ، إلا إذا استند فعل المأمور إلى إرادة الآمر فإن الضمان يجب على الآمر .

---

(١) التوضيح : ٢٧٧/١ ، وحاشية البنانى : ٣٦٦/١ ، والمستصفى : ٤١١/١ ، والإحكام للآمدى : ٣٦٢/٢ ، وإرشاد الفحول : ص ٩١ .

(٢) القواعد : ص ٣٠٧ .

ومع ذلك فقد نص الفقهاء على وجوب الضمان على الآمر فى الأحوال التالية : .

١ – إذاكان الآمر عاقلا بالغا وكان المأمور صبيا ، فيجب الضمان على الصبى أولا ثم يرجع بعد ذلك على آمره . وقد ورد فى مجمع الضمانات أن البالغ إذا (أمر صبيا بتخريق ثوب إنسان أو بقتل دابته فضمان ذلك فى مال الصبى ثم يرجع به على الآمر ، وكذا لو أمر بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبى الدية ثم ترجع على عاقلة الآمر ، علم الصبى بفساد الأمر أو لم يعلم)[1] . لكن لو أمر صبى صبيا بإتلاف مال الغير أو البالغ بالغا لا يضمن الآمر والضمان على الفاعل .

٢ – إذا كان الآمر ذا سلطة على المأمور بحيث يتضرر المأمور بالمخالفة . ويرقى الأمر فى هذه الصورة إلى أن يكون نوع إكراه ، وذلك عند من يشترط لإيجاب الضمان على الآمر أن ينفذ المأمور الأمر خوفا من سلطته . وقد اتجه بعض الفقهاء إلى أن (مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل أمره)[2] ، فلا يجب الضمان على الآمر إلا بإخافة المأمور بسلطته . لكن ذهب عدد آخر منهم إلى عدم اشتراط خشية المأمور الضرر على نفسه أو ماله ، وقد اعتبر هؤلاء (مجرد أمره إكراها ، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل)[3] . وإنما لم يجب الضمان على المأمور ووجب على الآمر ، لا لاستناد الأمر إلى نوع إكراه يؤثر على إرادة المأمور ، وإنما لاستناده إلى ما أوجبه الشارع من طاعة هذا الآمر ، ولان المرؤوس غير متعد بحكم ذلك فيما فعله تنفيذا لأمر رئيسه ، فوجب إسناد النتيجة ، وهى الضرر ، إلى فعل الآمر . وكأن الآمر قد غر المأمور ولبّس عليه فى هذا التوجيه فوجب الضمان على الغار .

---

(١) مجمع الضمانات : ١٥٧ .
(٢) السابق : ١٥٨ ، وجامع الفصولين : ١٠٨/٢ .
(٣) مجمع الضمانات : ١٥٨ .
(٤) المادة ٢٦٣ من القانون المدنى الأردنى ، والمادة ٢١٥ من القانون المدنى العراقى ، والمادة ٢٣٧ من القانون المدنى الكويتى ، والمادة ١٧٥ من المشروع المقترح للقانون المدنى المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

وهذا هو ما استندت إليه المادة ١٦٧ من القانون المدنى المصرى وما يقابلها من القوانين المدنية[٤] العربية . فى نص هذه المادة على أنه (لايكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذًا لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، وكان اعتقادة مبنيا على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة) . وعلى المرؤوس لدفع الضمان عن نفسه أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الضار بالغير إلا تنفيذا لما صدر إليه من أوامر ، وأنه لم يخرج عن حدود هذه الأوامر أثناء التنفيذ ، وأنه كان حسن النية لم يقصد الإيذاء ، أو الضرر وكان يعتقد مشروعية الفعل الذى قام به .

ويفيد ذلك أن فى الفقه الإسلامى اتجاهين فى فهم أساس مسئولية الآمر ذى السلطة عن فعل المأمور . أولهما إقامة هذه المسئولية على أساس الإكراه ، ولذا يشترط أصحاب هذا الاتجاه خشية المأمور من الإضرار به فى نفسه أو ماله إذا لم يمتثل لأداء ما هو مأمور به . والثانى إقامة هذه المسئولية على أساس تغرير الآمر للمأمور . ولا يشترط عند أصحاب هذا الاتجاه خوف المأمور ، فمجرد أمر صاحب السلطة يوجب على المأمور المتابعة والأداء بحيث ينتسب فعله إلى فعل الآمر فيجب عليه الضمان .

ويؤسس مسئولية الآمر فى هذه الصورة لمسئولية صاحب العمل عما يقوم به مرؤوسوه من أعمال ضارة بهم أو بغيرهم باعتبارهم يؤدون ما أمرهم به ، ولوجوب امتثالهم لهذا الأمر ، بحكم العقد الذى يحكم العلاقة بينهما . ولا حجة لهذا فى إلقاء الضمان على الأجراء ، إذا تسبب أداؤهم لما أمروا به فى إلحاق الضرر بهم ؛ ففى مجمع الضمانات أنه لو استأجر رجل (أربعة رهط يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم ومات أحدهم كان على كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط ربعها لأن البئر وقع بفعلهم وكانوا مباشرين والميت مباشر أيضا فتوزع الدية عليهم أرباعا فيسقط ربعها ، ويجب ثلاثة أرباعها)[١] . وقد أخذ القانون

---

(١) مجمع الضمانات : ١٨٠ .

الانجليزى منذ منتصف القرن الماضى بهذا الرأى وأضاف الضرر الذى يحدث لعامل بفعل زميله إلى خطأ الزميل المباشر ، تبرئة لصاحب العمل من المسئولية عن هذا الضرر . لكن قانون ١٩٤٨ Law Reform (Personal Injury) Act قد ألقى المسئولية على صاحب العمل نفسه ، مما يعد تحولا من إلقاء المسئولية على الفاعل إلى تحميلها للآمر باعتباره المتسبب فى الفعل . وإنما يعزى هذا التحول إلى أن ظروف الثورة الصناعية الناهضة فى القرن الماضى وضعف ظاهرة التأمين قد سوغا العمل على حماية أصحاب المشروعات من المسئولية عما يصيب العمال من ضرر أثناء عملهم[1] .

٣ – ويتصل بسابقه الحكم بضمان الآمر إذا كان المأمور أجيرا له وتسبب فعله الذى يعود نفعه للآجر فى الإضرار بالغير . من ذلك أن يأمر أجيره بحفر باب فى حائط الغير أو بالبناء على أرضه فإن الآمر هو الذى يضمن[2] . وكذلك لو أن (صاحب حانوت أمر أجيرا له ليرسل له الماء فى طريق المسلمين ففعل وعطب به إنسان ، عن أبى يوسف : يضمن الآمر . ولو أمره بالوضوء فتوضأ كان الضمان على الأجير لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضىء ومنفعة الإرسال تكون للآمر ، كما فى آخر الإجارة من قاضى خان . وفيه من الجنايات : لو أمر أجيرا أو سقاء برش الماء فى فناء دكانه فعطب به إنسان ضمن الآمر لا الراش)[3] . ويعنى عدم التفريق بين الآجر والسقاء فى رجوع الضمان إلى الآمر فى فرض المسألة أن الأجير المشترك Independent Contractor والأجير الخاص Servant / employee لا يضمنان ما يترتب على فعلهما من إضرار بالغير ، طالما أن فعلهما هذا كان فى حدود ما يمليه عقد الإجارة المتفق عليه بينهما . أما لو كان هذا الفعل فى أمر شخصى لا علاقة له بالعمل المتفق عليه ، كأن يأمره بالوضوء فيتوضأ فى طريق المسلمين ، فيقع أحد المارة بزلقه فى ماء الوضوء ، فإن الضمان على الفاعل لأنه يفعله لنفسه ، لا بحكم نيابته عن الآمر فلا يضمن .

---

(١) Tort Law, Dias and Markesinis P. 292 .

(٢) جامع الفصولين : ١٠٨/٢ .

(٣) مجمع الضمانات : ١٥٩ .

وإنما يضمن الآمر فى هذه الصورة لأن المأمور نائب عنه فيرجع عمله إليه ويصير كأنه فعله بنفسه . ويشترط لذلك ألا يكون عمل المأمور لنفسه وألا يتجاوز المأمور فى فعله ما أمر به . فلو استأجره لنقل أمتعة إلى مكان معين فذهب لزيارة أحد أصدقائه بعد قيامه بأداء ما أمر به كان متصرفا لنفسه ويضمن الضرر الذى يترتب على ذلك فى طريق عودته من هذا الزيارة ، وهو غاصب للسيارة باستخدامها فى الأمور الخاصة به .

وهذه هى الأسس التى جرت عليها القوانين الحديثة فى تضمين أصحاب الأعمال ما يتسبب فيه أداء أجرائهم وعمالهم من أضرار تلحق بالغير ، فيما يعرف بمسئولية أصحاب الأعمال Employer's Liability[1] . من ذلك الحكم فى قضية Kay v. I. T. W. ltd عام ١٩٦٨ التى أصيب فيها المدعى بفعل أحد موظفى الشركة المدعى عليها أثناء قيادة هذا الموظف لشاحنة ضخمة ، لمجرد نقلها من المكان الذى كانت تشغله حتى يتمكن من الدخول بسيارته الصغيرة إلى مقر الشركة . ومع أن هذا الموظف كان يحمل رخصة لقيادة السيارة الصغيرة وحدها وأنه لم يكن مرخصا له فى قيادة مثل هذه الشاحنة فقد اعتبرت الشركة التى يعمل فيها هذا الموظف مسئولة عن نتائج عمله التى أذنته فيه وأمرته به . وقد رأت محكمة الاستئناف التى قضت بالتعويض فى هذه القضية أن الأمر بقيادة السيارة الصغيرة من مقر الشركة وإليه يتضمن الإذن بإزالة العوائق التى تعترض الطريق لتنفيذ هذا الأمر . ويدل ذلك على اتجاه القوانين الحديثة إلى التوسع فى مسئولية صاحب العمل عن موظفيه إلى الحد الذى دفع أحد القانونيين إلى القول بأن اقتناء أسد مفترس أو حيوان برى فى غابة أكثر أمنا بكثير من إنشاء مشروع يقتضى توظيف أحد فيه لمسئوليتك عما يفعله مسئولية تكاد تكون مطلقة[2] . ومع ذلك فإن لهذا الاتجاه ما يناظره فى الفقه الإسلامى فيما اتضح من رجوع الضمان إلى الآمر فى مسألة رش الأجير أو السقاء للماء فى فناء الدكان بإذن الآجر .

---

(١) Tort Law, Dias and Markesinis P. 290 .

(٢) Hepple and Mathews, Tort cases and Malerials P. 723 .

ويدخل فى هذا الباب من وجهة التفكير القانونى مسئولية السيد عن الأضرار الناشئة من فعل خادمه ، وذلك بشرط تعدى الخادم ، وأن يكون هذا التعدى حال تأدية وظيفته[1] . والقاعدة العامة فى القانون الانجليزى هى أن يستبد صاحب السلطة بالمسئولية . ونص هذه القاعدة (Respondant Superior) ، أو (Let the superior be responsible)[2] .

٤ – أمر الأب ابنه الصغير[3] أو البالغ بعمل من الأعمال إذا أضر بالغير . ويشترط فى ضمان الأب الضرر الناشيء عما فعله ابنه البالغ بأمره أن يكون موضوع هذا الأمر مما يملك الأب مباشرته بنفسه حتى يصح الأمر ، وإلا فإنه لا يصح ولا ينتقل به الضمان إلى الآمر . ولعل هذا هو ما نص عليه فقهاء المذهب الحنفي أنفسهم في المسألة التي أوردها البغدادى بعبارة : (أمر ابنه البالغ ليوقد نارا فى أرضه ففعل وتعدت إلى أرض جاره فأتلفت شيئا يضمن الأب ، لأن الأمر قد صح فانتقل فعل الابن إليه كما لو باشره الأب)[4] . وإنما يستند الحكم بالضمان على الآمر فى جميع الأحوال إلى سبب من هذه الأسباب : ١ – الإكراه . ٢ – الغرور . ٣ – النيابة . ٤ – الولاية . ويبدو لى أن الحكم على الأب بضمان الضرر المتولد عن فعل ابنه المأمور بأمره مستند إلى السبب الأخير إذا كان الابن بالغا وإلى السبب الثانى إذا كان الابن غير بالغ ، حيث لا يفترق الأب عن غيره فى هذه الحالة ، لأن أمر البالغ غير البالغ بفعل يؤدى إلى الإضرار بالمأمور أو بغيره موجب للضمان كما تقدم ، لما فيه من غرور .

ويختلف ذلك عما أخذت به إحدى المحاكم البريطانية من الحكم بنفي الضمان على الأب فى قضية Hewitt v. Bonuin (١٩٤٠) . ذلك أن أم أحد الصبية قد أعطته مفاتيح سيارة والده لنقل فتاتين يعرفهما هذا الوالد إلى بيتهما . ولم تكن الأم متعدية فى إعطاء مفاتيح السيارة للصبى ، حيث كان الأب هو الذى

---

(١) السابق : ٧٣٤ .
(٢) Posner on Torts P. 20-23 .
(٣) حاشية الدسوقى : ٢٤٦/٤ .
(٤) مجمع الضمانات : ١٦٢ .

أذن لها بذلك ، كما أنها لم تكن تعرف هاتين الفتاتين ولا تربطها بهما أية صلة . وقد أخذ هذا الصبى أحد أصدقائه معة ليؤنسه فى الطريق . وفى رحلة الرجوع إلى بيت الصبى مات هذا الصديق لما اختل توازن السيارة وانحرفت عن طريقها نظرا للقيادة المتسرعة لهذا الصبى ، فرفع وصى صديقه قضية على الوالد طالبا التعويض . ولكن المحكمة نفت مسئولية الأب عن الحادث باعتبار أن الصبى فى قيادته للسيارة لم يكن يعمل وكيلا عن الأب أو خادما له أو أجيرا عنده أو لمنفعته[1] . ومع ذلك فقد يتجه على هذا الحكم أن الصبى ناب عن الأب فى نقل الفتاتين إلى بيتهما بإذن هذا الأب فيما يملك مباشرته بنفسه فصح إذنه ، وتنتقل مسئولية الصبى عن تعديه بالتسرع فى القيادة إلى الأب بهذا الاعتبار .

٥ - إذا كان المأمور وكيلا عن الآمر فى أداء حق عليه أو فى تصرف ينوب عنه فيه أو يعود نفعه له . يوضح ذلك المسائل التالية :

- (لهما دين على خزينة السلطان أو الديوان لا يستخلص إلا بالرشا والهدايا للسعاة فيه فأمر أحدهما صاحبه بهما على أن يعطى له بحصته يصح ويرجع)[2] .

- (قال لآخر هب لفلان ألف درهم على أنى ضامن ففعل جازت الهبة ، ويضمن الآمر للمأمور)[3] .

- (رجلان فى سفينة معهما متاع : ثقلت السفينة ، فقال أحدهما الق متاعك ... ضمن لمالك المتاع نصف قيمة متاعه)[4] .

- (زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر أجنبى بأمر الأب يرجع على الابن . وكذا الوصى لو أدى مهره يرجع لو أشهد الأب عند الأداء أنه يرجع)[5] .

- (لو أرسل رسولا إلى رجل وقال ابعث إلىّ عشرة دراهم قرضا فقال نعم ، وبعث إليه مع رسول الآمر فالآمر ضامن لها إذا أقر بأن رسوله قد قبضها .

---

(١) Hepple and Mathews on Torts P. 714 .

(٢،١، ٣) مجمع الضمانات : ١٦٠ .

(٥) السابق : ٣٤٦ .

وإن بعث بها مع غيره فلا ضمان على الآمر حتى يصل إليه)[1] .

– (لو بعث رجلا إلى رجل ليقرضه فأقرضه ، فضاع من يده : فلو قال الرسول أقرض للمرسل ضمن مُرْسِله ، ولو قال أقرضني للمُرْسِل ضمن رسوله . والحاصل أن التوكيل بالإقراض جائز وبالاستقراض لا يجوز . ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القضاء للآمر ، ولو أخرجه مخرج الوكالة بأن يضيفه إلى نفسه يقع للوكيل . وله منعه من آمره)[2] .

وإنما يرجع الضمان إلى الآمر فيما أمر به وكيله أو رسوله بشروط ، هي :

١ – أن تكون الرسالة أو الوكالة فيما يملك المرسل أو الموكِّل مباشرته بنفسه . فالقاعدة أن من لم يملك تصرفا لم يكن له أن يوكل غيره فيه : فلو أرسل أحدا لإحراق مال الغير أو أخذه رجع الضمان إلى الرسول لعدم صحة الأمر ، بخلاف ما إذا غره أو أكرهه فإن الضمان يجب في ذلك للغرور أو الإكراه ، وليس للنيابة والوكالة .

٢ – ألا يخالف الوكيل إذن الموكل ، وإلا كان متصرفا لنفسه فيقع ضمان فعله عليه . من ذلك أنه لو أرسله ليقترض له فاقترض لنفسه ضمن القضاء . أما لو اقترض له بإذنه ووكله فى الاستيفاء فضاع دون تقصيره لم يضمن الوكيل لكونه أمينا .

والحاصل أن الأمر بفعل يؤدى إلى الإضرار بالغير سبب لا يجاب الضمان إذا انطوى هذا الأمر على معنى الغرور أو الإكراه أو النيابة أو الولاية . وعلى سبيل المقارنة فإن مسئولية الآمر فى الاصطلاح الفقهى تضم صورا عديدة مما يطلق عليه فى القوانين الوضعية الحديثة مسئولية المتبوع عن تابعه Vicarious Liability .

---

(١) السابق : ٢٤٤ .
(٢) السابق : ٢٤٨ .

الفرع الثامن : الإكراه

٣٠٠ - الإكراه فى اللغة بمعنى القهر والمشقة ، فأكرهته على الأمر إكراها بمعنى حملته عليه قهرا لا طوعا ، وأقامه على كره بمعنى أكرهه على القيام ، مما ينافى المحبة والرضا . ولذا يستعمل كل منهما فى مقابل الآخر ، كما فى قوله تعالى : ﴿ وله أسلم من فى السماوات والأرض طوعا وكرها وإليه يرجعون ﴾[١] .

وقد عرفه السرخسى بأنه (اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية فى حق المكرَه أو يسقط عنه الاختيار)[٢] . ومعنى فساد اختيار المكرَه أنه يقصد فعل ما أكره عليه ويختاره خشية وقوع الوعيد به . ويعدم الإكراه الرضا لأن المكرَه لن يفعل ما أكره عليه إذا ما خلى بينه وبين نفسه . ولذا يعرفه التفتازانى بأنه : (حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خُلِّىَ ونفسه ، فيكون معدما للرضا لا للاختيار ، إذا الفعل يصدر عنه باختياره ، لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا إلى اختيار آخر ، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلا فى قصده)[٣] . والإكراه عند المالكية هو الحمل ظلما على ما لا يرضاه المحمول ولا يريده بخلاف الإكراه الحق كالجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد ، والطعام للمضطر[٤] . وعند الشافعية هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه[٥] . ولا يخرج عن ذلك تعريف الحنابلة للإكراه ، فقد ورد فى المادة ١٥٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية أنه هو الإجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه أو بتهديد بشىء من ذلك

---

(١) آل عمران : ٨٣ .
(٢) المبسوط : ٣٨/٢٤ .
(٣) التلويح على التوضيح : ٨٢٠/٢ .
(٤) الخرشى : ٩/٥ .
(٥) المهذب : ٧٨/٢ .

من قادر عليه) . ويتفق تعريف القانون المدنى العراقى للإكراه مع هذه التعريفات الفقهية[1] .

٣٣٤ – ونقسم الإكراه إلى قسمين[2] : .

أولهما : الإكراه الملجىء أو التام الذى يخشى فيه من تلف البدن كأن يقول الحامل على الفعل إن لم تفعل كذا أقتلك أو أقطع يدك أو أضربك أو أمنع عنك الطعام و الشراب أو ما يشبهه مما يخشى منه على سلامة البدن . ومفهوم الإلجاء أن يصير المكرَه آلة فى يد المكره بانتفاء اختياره أو بفساده ، فيضاف فعله إلى الحامل له على الفعل .

والثانى : الإكراه الناقص أو غير الملجىء الذى لا يخشى منه على النفس أو على سلامة الأعضاء ، كأن يكون الوعيد بالحبس مدة قصيرة أو بالضرب الذى لا يخشى منه التلف . وليس فيه – كما يقول الكاسانى : (تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء . أعنى الحبس والقيد والضرب)[3] . ويلتحق به لذلك أن يكون التهديد بالضرب أو الحبس أو القيد متعلقا بفروع

(١) جاء فى المادة ١١٢ من هذا القانون : ١ – الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على بأن يعمل عملاً دون رضاه ٢ – ويكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديدا بخطر جسيم محدث كإتلاف نفس ، أو عضو ، أو ضرب مبرح ، أو إيذاء شديد أو إتلاف خير فى المال ويكون غير ملجىء إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس . ٣ – والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذى رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراهاً ويكون ملجئاً أو غير ملجىء بحسب الأحوال .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٠٩٥٥ ، المبسوط للسرخسى : ٤٨/٢٤ ، ٤٩ ، وتبيين الحقائق : ١٨١/٥ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢٨٢ ، وتيسير التحرير لأمير بادشاه : ٣٠٨/٢ ، والمهذب : ٧٨/٢ .

(٣) بدائع الصنائع : ١٧٦/٧ .

المكره أو أصوله أو ذى رحم محرم منه أو الزوجة غير ذلك ممن يمت إلى المكرَه بسبب ، لأنه يوجب الاغتمام والحزن كذلك . وهذا هو ما استحسنه أكثر الأحناف وأخذ به المالكية والشافعية . وقصره الحنابلة على التهديد بإيذاء الأب أو الابن[1] . وفى المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران أن (الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضا أيضا) .

ويغنى عن هذه التفصيلات فى تحديد ما يقع به الإكراه الأخذ بالقاعدة العامة التى حررها النووى ، وهى القضاء بحصول الإكراه فى كل (ما يؤثر العاقل الإقدام عليه حذرا مما هدد به . وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة والأمور المخوف بها ، فقد يكون الشىء إكراها فى شىء دون غيره وفى حق شخص دون آخر)[2] . ويعنى ذلك أن التهديد بالأمر اليسير الذى لا يخافه العاقل ولا يؤثر الإقدام على الفعل المطلوب منه بسببه لا يحصل به إكراه ولا يعد عذرا . وقد عرفه ابن حزم بأنه (هو كل ما سمى فى اللغة كراها وعرف بالحس أنه إكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به . والوعيد بالضرب كذلك أو الوعيد بالسجن أو الوعيد بإفساد المال .. أو الوعيد فى مسلم أو غيره بقتل أو ضرب أو سجن أو إفساد مال لقول رسول الله ﷺ : « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه »[3] . ولا يخرج مذهب ابن حزم فى تعريف الإكراه عما أخذ به جمهور الفقهاء . والعبرة فى قيام حالة الإكراه بناء على هذه التعريفات السابقة أن يغلب على ظن المكرَه وقوع ما يتأذى به فى نفسه أو ماله أو عرضه أو شرفه أو فيما يتعلق بذلك من حقوق غيره من الأقارب أو الأباعد من المسلمين ، فإن من واجب المسلم كما جاء فى حديث النبى ﷺ ألا يظلم أخاه المسلم وألا يخذله أو يسلمه . وبذلك فإن معيار قيام الإكراه معيار نفسى مادى يستند إلى ما قام فى نفس المكره مع النظر إلى الظروف الموضوعية التى أنتجت هذا الأثر .

---

(1) المهذب : ٧٨/٢ ، والخرشى : ٩/٥ ، والحطاب : ٢٥٠/٤ .

(2) الأشباه والنظائر للسيوطى : ٢٠٩ .

(3) المحلى : ٣٣٠/٨ فقرة ١٤٠٣ .

ويقترب من ذلك تعريف القانون المدنى المصرى للإكراه فيما يستفاد مما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ ، فهو سلطان رهبة يبعثها المكره فى نفس المكرَه إذا كانت هذه الرهبة قائمة على أساس . وتكون ... قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وبهذا يشترط التأثير النفسى ، وهو الخوف أو الرهبة ، الناشىء عن ظروف مادية أو موضوعية .

وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلة العدلية على المعيار المادى ، ولفظها : (يشترط أن يكون المجبر مقتدرا على إيقاع تهديده . بناء عليه من لم يكن مقتدرا على إيقاع تهديده وإجرائه لا يعتبر إكراهه) . ونصت المادة ١٠٠٤ من هذه المجلة على المعيار النفسى بلفظ : (يشترط خوف المكره من وقوع المكره به . يعنى يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المُجْبِرِ المكرَه به إن لم يفعل المكرَه عليه) . وجمعت المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران هذين المعيارين حيث جاء فيها : (يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به وأن يخاف المكرَه وقوع ما صار تهديده به فى الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ...)[1] .

٣٣٥ – حكم الإكراه : لا خلاف فى أن الحكم الشرعى للإكراه هو الحرمة ، لكونه بذاته تعديا على حق الفرد وباعتبار ما يؤول إليه من فعل ما لم يجزه الشارع . أما ما يترتب عليه فيتنوع بتنوع المحمول عليه حسب الترتيب التالى :

أولا : إقرارات المكره :

إذا كان المحمول عليه من الإقرارات فإنه يوجب بطلان الْمُقَرِّ به مطلقا ، سواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجىء ، فمن أكره على الاعتراف بدين أو زواج أو طلاق كان اعترافه باطلا ، ولا ينشأ به حق من الحقوق ، لأن الإقرار

---

(١) انظر كذلك المذكرة الإيضاحية للمادة ١١٢ من مشروع القانون المدنى المصرى وفقا للشريعة .

حجة إذا صدر باختيار المقر فإذا فسد هذا الاختيار لم يعتد بهذا الإقرار[١] . **ثانيا** : إذا كان المكره عليه من التصرفات والعقود الشرعية القابلة للفسخ كالبيوع والإجارات فإنها تفسد عند الأحناف بالإكراه الملجيء أو غيره . أما إذا كان المكره عليه من التصرفات التى لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح فإنها تصح مع الإكراه فى المذهب الحنفى ، فالمكره عليه فى هذا المذهب إن كان من قبيل الأقاويل وهو (مما لا تنفسخ كالطلاق كان نافذا وإلا كان فاسدا كالبيع والأقارير)[٢] . ولا يلتزم المكره بشيء من هذه الأقاويل فى المذهب المالكى إلا إذا أجازها بعد زوال الإكراه ورضى بها فى غير النكاح فإن إجازته لا تصح[٣] .

ثانيا : عقود المكره :

تبطل عقود المكرَه وطلاقه فى المذهب الشافعى . ويوافق الحنابلة على بطلان عقود المكرَه وتصرفاته القولية ، ولا يستثنون من ذلك إلا عقد النكاح قياسا للمكره على الهازل فى هذا العقد . وإنما لم يلحقوا به الطلاق لقوله ﷺ : « لا طلاق فى إغلاق »[٤] . وأساس الخلاف بين الأحناف وبين الجمهور فى ذلك أن الإكراه لا أثر له فى إبطال تصرفات المكره القولية أو الفعلية ، وإنما يؤثر

---

(١) المبسوط : ٧٠/٢٤ حيث جاء فيه : (لو أن قاضيا أكره رجلا بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الإقرار باطلا لأن الإقرار محتمل بين الصدق والكذب وإنما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق .. ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والحبس فى حق السارق وغيره إلا شيء روى عن الحسن بن زياد رضى الله عنه أن بعض الامراء بعث إليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال ما لم يقطع اللحم أو يبين العظم ، ثم ندم على مقالته وجاء بنفره إلى مجلس الأمير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال موضوعا بين يدى الأمير قال ما رأيت ظلما أشبه بالحق من هذا) والراجح عند المالكية والشافعية أن إقرار المكره لا يلزمه بشيء وإن تردد بعضهم فيه . انظر الحطاب : ٢١٦/٥ ، ٢١٧ ، ونهاية المحتاج : ٧٢/٥ .

(٢) التلويح للتفتازانى : ٨٢٢/٢ .

(٣) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية : ١٠٩/٦ ، والمراجع المثبتة فى هذا الموضع .

(٤) التلويح : ٨٢٢/٢ ، والمهذب : ٧٨/٢ ، والإنصاف : ٤٣٩/٨ ، والمغنى : ٥٣٥/٦ .

فى نسبة هذه التصرفات إلى الحامل إن أمكن نقل الفعل وإضافته إليه ، وذلك إذا أمكن اعتبار الفاعل آلة للحامل ، وإلا استقرت نسبة القول أو الفعل إلى المكره . أما الجمهور فينظرون إلى أن ترخيص الشارع للمكره فى الفعل أو القول يبيحه له ولا تترتب عليه تبعته[1] . ومذهب الظاهرية أن الإكراه على الأقوال لا يجب به شيء مطلق[2] .

وقد أخذ القانون المدنى العراقى بوقف الالتزام الناشيء عن تعاقد المكره ، فقد جاء فى المادة ١١٥ أن (من أُكرِه إكراها معتبرا بأحد نوعى الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده) . كما جاء فى المادة التالية لها أن (الزوج ذو شوكة على زوجته ، فإذا أكرهها بالضرب مثلا أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر) . وقد ورد حكم هذه المادة الأخيرة بلفظه تقريبا فى المادة ٢٩٤ من مرشد الحيران[3] . ومستند الحكم بوقف تعاقد المكره هو قول زفر . وإنما يتضح ذلك بالإشارة إلى مذاهب الفقهاء فى حكم عقد المكره بإيجاز على النحو التالى :

(أ) مذهب الشافعية وبعض الحنابلة أن عبارة المكره لاغية لا أثر لها شرعا ، فتعاقده باطل .

(ب) مذهب المالكية أن تعاقد المكره فاسد يصح بإجازته فى غير النكاح .

(جـ) مذهب جمهور الأحناف أن عبارة المكرَه منشئة لعقد صحيح نافذ لكنه غير لازم ، فيما عدا زواج المكره وطلاقه وعتقه ويمينه ونذره لاستثناء الشارع إياها وحكمه بصحتها مع الإكراه ، وذلك فى قوله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح واليمين ، وفى بعض الروايات العتاق والرجعة . فقاس الأحناف الإكراه على الهزل فى هذه المستثنيات مع ما بينهما من فوارق .

(د) مذهب زفر أنه عقد موقوف ، بمعنى أنه عقد صحيح وإن لم تترتب

---

(١) الوجيز فى أصول الفقه لعبد الكريم زيدان : ص ١٣٨ . وقد ناقش الدكتور عبد الرزاق السنهورى تصرفات المكره القولية وأثر تعاقداته فى مصادر الحق : ١٨٣/٢ ، ٢١٥ ، ١٧٢/٤ ، ١٧٨ .

(٢) المحلى لابن حزم : ٣٢٩/٨ فقرة ١٤٠٣ .

(٣) نص الفقهاء على هذا الحكم ، انظر : الفتاوى الخانية : ٤٨٧/٣ ، وحاشية ابن عابدين : ١٣٤/٥ ، ١٣٠ .

آثاره عليه إلا بإجازة المكرَه بعد زوال إكراهه فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، لأن الحكم بوقفه لحق المكرَه ، لا لحق الشارع كحرمة الربا فيملك إجازته ولا يكون باطلا أو فاسدا[1] . وقد أخذت المجلة برأى زفر فى الحكم بوقف عقد المكره .

ثالثا : الإكراه فى الأفعال : .

٣٣٦ – لا خلاف بين العلماء على أن الإكراه سبب لإباحة الأفعال التى تبيحها الضرورة كشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير[2] ، وكالتلفظ بكلمة الكفر كما أنه لا خلاف بين العلماء على أن الإكراه لا يغير حكم ما يتعلق بحقوق العباد ، فالإكراه على القتل أو القطع أو الضرب لا يبيحه ولو كان فى امتناع المُكْرَه هلاكه ، لأن نفس الغير معصومة ولا يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه بإيقاعه بغيره[3] . وإن فعل المكرَه شيئا من ذلك كان آثما واستحق العقوبة على فعله . ولا يختلف الفقهاء إلا فى نوع العقوبة على هذا الفعل ، فأبو حنيفة ومحمد يوجبان القصاص على الحامل الذى اتخذ الفاعل أداة له[4] . ويوجب المالكية والشافعية والحنابلة القصاص على الحامل والفاعل معا ، لتعديهما وكون الضرر نتيجة لفعلهما فيقتص منهما[5] . وذهب أبو يوسف إلى إيجاب الدية لنقص جناية الحامل والفاعل عما يوجب القصاص ، وهو الجناية الكاملة التى يتوافر فيها كل من الركن الأدبى والمادى . أما إذا كان المطلوب هو قتل المكرِه (الحامل) فلا قصاص عند كل من

---

(١) البدائع : ١٨٦/٧ ، والمبسوط : ٩٣/٢٤ والمادة ١٠٠٦ من العدلية ، والمادة ١٤٥٣ من الشرعية وحاشية الدسوقى : ٦/٣ ، وتكملة فتح القدير : ٢٦٢/٧ .

(٢) المبسوط : ٤٨/٢٤ ، والحموى على الأشباه : ١٢٣/١ ، والمحلى لابن حزم : ٣٣٠/٨ ، فقرة ١٤٠٤ .

(٣) الخرشى : ١٧٥/٣ وما بعدها .

(٤) بدائع الصنائع : ١٧٩/٧ ، وعبارة الكاسانى فى ذلك : (فأما المكره على القتل فإن كان الإكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ولكن يعزر ويجب القصاص على المكرِه ، وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره ، وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكرَه دون المكره . وعند الشافعى رحمه الله يجب عليهما) .

(٥) الشرح الصغير : ٥٩٤/٢ ، ومغنى المحتاج : ٢٠٢/٤ ، والمهذب : ١٧٧/٢ ، والقواعد لابن رجب ص : ١٣٠ ، والتمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للإسنوى ١٢٣ ، والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام : ٤٦ .

الأحناف والمالكية والحنابلة وتجب الدية ، خلافا لمن رجح وجوب القصاص من الشافعية[٦] .

٣٣٧ – أما الإكراه على ارتكاب الجنايات الأخرى كالسرقة والزنا فإن حرمة هذه الأفعال لا ترتفع بحال ، وتسقط العقوبة الحدية للشبهة الدارئة لهذه العقوبة . وقد وقعت فى عهد عمر بن الخطاب قضية المرأة[٧] التى أقرت بالزنا فحكم عليها بالرجم . لكن على بن أبى طالب رضى الله عنه ترافع فى شأن هذه المرأة بأن سألها عما حملها على الزنا ، فقالت فى إجابتها : (كان لى خليط وفى إبله ماء ولبن ولم يكن فى إبلى ماء ولا لبن فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقينى حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثا فلما ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته . الذى أراد فسقانى . فقال على الله أكبر ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) . ويفرق بعض الفقهاء الأحناف والحنابلة بين إكراه الرجل على الزنا وبين إكراه المرأة عليه ، فيوجبون الحد فى إكراه الرجل دون إكراه المرأة ، بناء على أنه لا يصدر من الرجل إلا عن طواعية واختيار[٨] . لكن وجهة الجمهور هى عدم التفريق وسقوط العقوبة الحدية بالإكراه . وعلى سبيل المقارنة – فإن الشريعة تعتبر الإكراه سببا لإباحة عدد من الجرائم أو سببا لرفع العقوبة الحدية والتعزيرية أو سببا لتخفيف العقوبة بفرض العقوبة التعزيرية وحدها فى بعض الأحايين بينما يتجه التفكير القانونى إلى اعتبار الإكراه سببا لرفع العقوبة لا لإباحة الفعل . وإنما يباح الفعل بالإكراه فى الشريعة إذا قصدت من تحريمه إلى الحفاظ على مصلحة ترجع للفاعل كالحكم بتحريم الخمر ولحم الخنزير . أما إذا كان القصد من التحريم هو الحفاظ على مصلحة الغير فإن الشريعة لاتبيح الفعل بالإكراه وإنما ترفع العقوبة عن الفاعل أو تحكم بإنزال العقوبة التعزيرية محل العقوبة الحدية[١] . وقد اعتبر القانونى الجنائى الباكستانى ١٨٦٠ الإكراه من أسباب رفع العقوبة أو مانعا منها

---

(١) البدائع : ١٨٠/٧ ، والمبسوط : ٩٠/٢٤ ، والتمهيد فى تخريج الفروع على الأصول : ١٢٣ .
(٢) الطرق الحكمية : لابن القيم : ص ٤٨ وما بعدها .
(٣) البدائع : ١٨٠/٧ .
(٤) راجع التشريع الجنائى لعبد القادر عودة : ٥٧١/١ .

بوجه الاستثناء Exception فى المادة الرابعة والتسعين من هذا القانون .

وإذ يرفع الإكراه المسئولية الجنائية بإسقاط العقوبة أو تخفيفها فإنه لا يدفع المسئولية المدنية عما لحق الغير من أضرار تتعلق بالأموال ؛ فالإكراه على إتلاف مال المسلم أو غصبه أو سرقته لا عقوبة فيه على المكرَه ، وإنما رخص له الشارع فى ارتكاب هذه المحرمات للضرورة ، (ولو امتنع المكرَه حتى قتل لا يأثم بل يثاب لأن الحرمة قائمة . فهو بالامتناع قضى حق الحرمة ، فكان مأجورا لا مأزورا)[1] . ولو سرق بالإكراه لم تقطع يده ، فإن (القطع يسقط بالإكراه مطلقا ولو كان بضرب أو سجن لأنه شبهة تدرأ الحد)[2] .

٣٣٨ - الضمان فى الإكراه :

أما إيجاب الضمان بالإكراه ففيه اختلاف العلماء على النحو التالى : .

- ذهب الأحناف إلى إيجاب الضمان على الحامل دون الفاعل فى الإكراه إذا كان تاما وإلا وجب على الفاعل إذا كان الإكراه ناقصًا . وفى ذلك يقول الكاسانى : (المكره على إتلاف مال الغير إذا أتلفه يجب الضمان على المكرِه دون المكره إذا كان الإكراه تاما ، لأن المتلف هو المكرِه من حيث المعنى . وإنما المكرَه بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثارا وارتضاء . وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضربه على المال فأمكن جعله آلة المكره فكان التلف حاصلا بإكراهه فكان الضمان عليه . وإن كان الإكراه ناقصا فالضمان على المكرَه ، لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره ، لأنه لا يسلب الاختيار أصلاً فكان الإتلاف من المكرَه فكان الضمان عليه . وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه ، لأن هذا النوع من الفعل ، وهو الأكل ، مما لا يعمل عليه الإكراه لأنه لا يتصور تحصيله بآله غيره فكان طائعا فيه فكان الضمان عليه)[3] . وهو مذهب بعض الشافعية الذى يرجحه العز بن عبد السلام[4] .

---

(١) بدائع الصنائع : ١٧٧/٧ .
(٢) الدسوق : ٤٨٦/٤ .
(٣) البدائع : ١٧٩/٧ .
(٤) قواعد الأحكام : ١٥٥/٢ .

– مذهب فريق من المالكية وبعض الشافعية وعدد من فقهاء الحنابلة والظاهرية هو إلقاء الضمان على الفاعل المكرَه ، تقديما للمباشرة على التسبب فيما تنص عليه القاعدة الفقهية . ولا يخفى أن المكره مباشر والمكرِه متسبب[1] ، ولأن المكره على إتلاف مال الغير كالمضطر إلى أكل طعامه فإنه يباح له ذلك بشرط الضمان .

– أما جمهور الشافعية والمختار عند المالكية فيوجبون الضمان على المكره والمكره معا ، لانتساب الضرر إلى فعل كل منهما .

– وللحنابلة فى الضمان بالإكراه اتجاهان ، (**أحدهما** : أنه على المكره وحده ، لكن للمستحق مطالبة المتلف ، ويرجع على المكرِه ، لأنه معذور فى ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان . بخلاف المكرَه على القتل فإنه غير معذور فلهذا شاركه فى الضمان .. **والثانى** : عليهما الضمان كالدية .. باشتراكهما فى الإثم . وهذا تصريح بأن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير)[2] .

٣٣٩ – ويترجح فى ضوء القواعد العامة للإكراه أن المكرِه الحامل على إتيان الفعل هو الذى يستقر عليه الضمان إذا ألجىء المكرَه إلى إتيان الفعل وانعدم رضاه به ، وذلك بتوافر الشروط التى يترجح معها رهبة المكرَه وخوفه من إيقاع المكره ما هدده به . ويشترط كذلك أن تزيد المصلحة الفائتة بوقوع التهديد على الضرر الواقع بالغير فى الاعتبار الشرعى وإلا فإن الإكراه لا يؤثر فى الحكم بالضمان . ومع ذلك فإنه يجوز للمستحق أن يطالب المكرَه بالضمان ويرجع المكرَه بما يؤديه على المكرِه لأنه هو المتسبب فيما وجب على المكرَه فيتحمله .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٦٢ ، والخرشى : ١٧٥/٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزى : ٢٢٨ ، والمغنى : ٢٧٣/٥ ، ٢٥٩/٨ ، والمحلى : ٢٣٠/٨ فقرة ١٤٠٣ .

(٢) القواعد لابن رجب : ٣٠٩ .

الفرع التاسع : الصدمة العصبية

٣٤٠ – مفهوم الصدمة العصبية فى القانون الانجليزى : اشترطت القوانين السابقة على التشريع الإسلامى لإيجاب الضمان أن يكون الفعل الضار حسيا ماديا لا معنويا . أما لو كان الفعل غير مادى كما لو أزعج حيوانا بصوته فوقع فى النهر ومات لا يجب الضمان . وقد كان هذا هو الحال فى القانون الرومانى وفى غيره من القوانين التى احتذت حذوه . واستند كثير من القانونيين الانجليز إلى الخوف من فتح مجالات واسعة للتقاضى[1] لتبرير إنكار الحق فى التعويض عن الأضرار الناشئة بفعل غير مادى . لكن الخوف من زيادة أعداد المتقاضين أمام المحاكم لا يسوغ ترك المتضرر يعانى دون حماية القانون لحقوقه . ولم يبرز هذا المنطق بهذه الدرجة من الوضوح فى العمل القضائى الانجليزى إلا فى أواخر القرن التاسع عشر ، حينما بدأ القضاء يعترف بحق المتضرر فى التعويض فى تلك الأحوال التى يقع فيها الضرر بفعل غير مادى إذا كان هذا الفعل مقصودا لفاعله أو ناشئا عن طيش وتهور Recklessness . ويرجع إلى قضية Wilkinson v. Downton (١٨٩٧ م) الفضل فى صياغة المبدأ القاضى بإيجاب ضمان الأضرار الناشئة بفعل غير مادى . وفى هذه القضية أخبر المدعى عليه على سبيل المزاح المدعية بأن زوجها أصيب إصابات بالغة فى حادث فتضررت من ذلك ، ووجب لها الحق فى التعويض عما أصابها[2] . أما حدوث الصدمة بالإهمال وتعويضها فلم يعترف به القانون الانجليزى سببا للتعويض إلا بعد ذلك بفترة . ففى قضية Dulieu v. White and Sons . (١٩٠١ م) قاد المدعى عليه عربته التى يجرها جوادان على نحو لا يخلو من إهمال فى اتجاه واجهة مقهى عام ، فخيل لخادمة فى هذا المقهى أن العربة بسبيلها للاصطدام بالواجهة ، فانهارت عصبيا ، ووجب لها التعويض .

---

(١) مبدأ الخوف من فتح باب النزاع والتقاضى Opening the floodgates of litigation .

(٢) Dias and other Tort law, P. 83 .

٣٤١ - وإنما تتقيد الصدمة العصبية Nervous Shock الموجبة للضمان فى القانون العرفى الانجليزى بالأمور الثلاثة التالية : .

١ - أن تكون درجة التحمل النفسية والعصبية للمتضرر فى حدود المعتاد والمألوف . أما الأشخاص الحساسون Hyper sensetive للغاية بطبيعتهم ولا يتحملون التحمل المعتاد ، وتؤثر فيهم المشاهد القليلة الخطر فلا يجب لهم حق التعويض عما يحسونه من ألم نفسى إذا رجع هذا الألم لطبيعتهم الخاصة ولم يكن نتيجة متوقعة لفعل المدعى عليه . ففى قضية King v. Philips (١٩٥٣ م) صدمت الأم حينما رأت من نافذتها على البعد سيارة أجرة ترجع للخلف فى اتجاه طفلها الذى كان يلعب بدراجته . وإنما لم يستجب لطلبها بالتعويض لأن ما حدث لها لم يرجع لعمل السائق بل لحساسيتها المفرطة وخوفها البالغ على طفلها[١] .

٢ - أن تدخل الصدمة فى النتائج المتوقعة للفعل . ولذا لو أخبر أحد امرأة بنجاح ابنها فسرت سرورا بالغا أدى إلى الإضرار بها فإن المخبر بهذة النتيجة لا يسأل عنها ، لأنها ليست متوقعة باعتبارها نتيجة لفعله .

٣ - أن يتعرض المتضرر للتأثير المباشر (Immediate offermath) للفعل المتسبب فى الصدمة . أما التأثير غير المباشر فالمفترض ألا يؤدى إلى الصدمة ، لانعدام عنصر المفاجأة . ففى قضية Mcloughlin v. O'Berian (١٩٨٣) علمت الزوجة بوقوع حادث لزوجها وأطفالها ، وذهبت إلى المستشفى فوجدتهم فى حالة سيئة ، مما أصابها بحالة من الفزع ، لكن لم يستجب لطلبها التعويض لانعدام معنى المباشرة فى التأثير[٢] .

ولا تختص الصدمة الموجبة للتعويض بالأفعال المتعلقة بالناس وحياتهم والأخطار الراجعة إليهم ؛ فمن يتعرض بيته لخطر حريق داهم بفعل غيره يستحق التعويض عما تحمله من آلام ، ولو لم يحترق البيت بالفعل .

وتختلف الصدمة العصبية عن مجرد الألم أو الإحساس بالضيق

---

(١) السابق : ص ٨٣ .

(٢) السابق : ٨٤ .

والعذاب[1] ، من جهة أن الصدمة تؤثر فى النفس تأثيراً يورث المرض الجسمى أو النفسى لفترة تطول أو تقصر .

٣٤٢ - فى الفقه الإسلامى : عرف الفقه الإسلامى منذ بداية تطوره إيجاب الضمان بالأفعال الضارة غير المادية أو العنيفة . وفى أمثلة عديدة ينص الفقهاء على إيجاب الضمان بالتلفظ بالأخبار الكاذبة على سبيل المزاح أو الهزل ، وبالصياح أو الضجيج ، وبالاستدعاء لمجلس الحاكم إذا لم تراع ظروف المدعو للحضور . وفيما يلى بعض الأمثلة أو القضايا التى نص عليها الفقهاء : .

(أ) ذكر البغدادي فى مجمع الضمانات : (رجل صاح على آخر فمات من صيحته تجب الدية)[2] . ولا يخلو الصياح أن يكون فعلا ماديا كالضرب أو القطع فى الإفضاء إلى الموت فى الأحوال التى يغلب أداؤها إليه . ومن جنسه ما ذكره فى (صبى قائم على سطح فصاح به رجل ففزع الصبى فوقع ومات ضمن عاقلة الصائح ديته)[3] .

(ب) لا يقتصر الضمان الواجب على الأضرار المادية من أعيان الأموال والإصابات البدنية ، وإنما يشمل الأضرار المعنوية أو النفسية أو العصبية أوالعقلية . ففى مجمع الضمانات أنه إذا (.نزع سن امرأة فتجن يوما وتفيق يوما فحكومة عدل)[4] وكذلك (لو شج رجلا فالتحمت (أى الشجة) ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم ، وهو حكومة عدل . وقال محمد عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء)[5] . ولا يشترط لإيجاب الضمان على حافر البئر فى الطريق العام أن يموت الواقع فيها من سقوطه وارتطامه بأسفلها ، فلو اغتم ومات من الحزن لا من السقوط ضمن عند أبى يوسف ومحمد[6] . وهذا الغم هو ما يعبر عنه بالصدمة العصبية .

---

(١) Mental torture and suffering .

(٢) مجمع الضمانات: ١٦٦ .

(٣) السابق : ١٧٢ ، وبدائع الصنائع : ٢٣٥/٧ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٧٠ .

(٥) السابق : ١٧١ .

(٦) السابق : ١٨٠ .

(جـ) روى أن عمر بعث إلى امرأة مغنية كانت تُدْخِلُ الرجال عليها ، فكانت تقول وهى فى الطريق : (يا ويلها ، مالها ولعمر ؟ فبينما هى فى الطريق إذ فزعت ، فضر بها الطلق فألقت ولدا . فصاح الصبى صيحتين ثم ماتت . فاستشار عمر الصحابة فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب . وصمت عليّ . فأقبل عليه عمر ، فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك . إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته . فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك . وأما المرأة فلأنها نفس هلكت بإرسال السلطان إليها فضمنها كجنينها ، أو نفس هلكت بسببه فوجب أن تضمن كما لو ضربها فماتت . وقيل هدر لأنه ليس بسبب عادة . وجوابه بأنه سبب عادى بخلاف الضربة والضربتين فإنه ليس سببا للهلاك فى العادة)[1] .

وفى شرح المنهج أنه (لو ألقت امرأة جنينا بانزعاجها ببعث نحو سلطان إليها أو إلى من عندها ضُمِن - بالبناء للمفعول - بالغرة .. سواء ذكرت عنده بسوء أم لا ... وخرج بألقت جنينا ما لو ماتت فزعا منه فلا ضمان ، لأن مثله لا يفضى إلى الموت . نعم ، لو ماتت بالإلقاء ضمن عاقلته ديتها مع الغرة ، لأن الإلقاء قد يحصل منه موت الأم)[2] .

(د) فى حاشية الجمل أن المرأة إذا (قذفت فأجهضت ضمنت عاقلة القاذف ، بخلاف ما لو ماتت ، كما لو أفسد ثيابها حدث خرج منها فزعا)[3] .

(هـ) فى حاشية الجمل أيضا أن المرأة (لو أتاها برسول الحاكم لتدلهما على أخيها مثلا ، فأخذها فأجهضت اتجه عدم الضمان ، حيث لم يوجد من واحد منها نحو إفزاع . نعم ، يظهر حمله على من لم تتأثر بمجرد رؤية الرسول . أما من هى كذلك ، لا سيما والفرض أنه أخذها فيضمن الغرة عما قلتهما . وينبغى للحاكم إذا أراد طلب امرأة أن يسأل عن حملها ثم يتلطف فى طلبها)[4] .

---

(١) المبدع فى شرح المقنع : ٣٤٢/٨ ، وانظر كشاف القناع : ١٦/٦ .
(٢) شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى مطبوع على هامش حاشية الجمل : ٨١/٥ .
(٣،٤) السابق فى الموضع نفسه .

(و) ومن جنس قضية Wilkinson v. Downton ما جاء فى حاشية الجمل (إخبارها (أى المرأة) بموت ولدها أو زوجها) كذبا، وزيادة (الرسول فى طلبه (أى للمرأة) على ما قاله السلطان كذبا مهددا وحصل الإجهاض بزيادته تعلق الضمان به، كما لو لم يطلبها السلطان)[1].

٣٠٩ – والحاصل من هذه الأمثلة المنصوص على أحكامها فى كتب الفقه الإسلامى مايلى :

(أ) أن الفقه لم يقصر الأفعال الموجبة للضمان فى المحسوسات أو الماديات، بل شملت التعدى بالكذب والتهديد والوعيد. ولافرق بين تفزيع الرسول المرأة بطلب حضورها للسلطان دون تلطف فتلقى جنينها وتموت من هذا الفزع وبين ضربها أو إلقائها فى بئر يؤدى إلى النتيجة نفسها. وعلى الرغم من وضوح هذا المبدأ فى المنطق فإن القانون الانجليزى لم يهتد إلى تطبيقه إلا فى آخر القرن الماضى وأوائل هذا القرن على النحو الذى سلفت الإشارة إليه.

(ب) لا يشترط فى الضرر المضمون أن يكون ماديا هو الآخر أو عينا من الأعيان، فالمرأة التى تجن يوما وتفيق يوما فى المثال المذكور قبل قليل يجبر ضررها بتعويض تقدره حكومة العدل. وقد نص أبو يوسف على ضمان ما أسماه (أرش الألم)، وهو ما لاينبغى أن يتقيد بالألم العضوى، ويجب تعميمه ليشمل الألم النفسى أو الفزع أو الغم الناشىء عن الفعل الغير المشروع. ويستفاد هذا العموم من عبارات أبى يوسف ومن انتفاء الداعى إلى التخصيص بالألم العضوى دون سواه.

(ج) يتقيد الضمان فى الترويع والإفزاع بأن يكون الضرر المضمون نتيجة طبيعية لفعل التعدى. يوضحه أن الصائح على الصبى يضمن إذا أخافه وأفزعه، أما لو صاح على رجل ففزع ومات لم يضمن، لأن المعتاد ألا يموت الرجل من الصيحة. وكذلك لو أرسل سلطان إلى امرأة ففزعت وماتت لم يضمن عند من رأى أنها لا تموت فى المعتاد من إرسال السلطان إليها، لكن لو كانت حاملا

---

(١) السابق.

فأجهضت ثم ماتت فإن الضمان يجب ، لأن من المعتاد أن تلقى الحامل جنينها عند الفزع ، كما أن من الملائم موت المرأة من إلقاء جنينها .

(د) يبدو أن هناك اتجاها فى الفقه الإسلامى للتوسع فى الأضرار المضمونة بالتفزيع ، حتى لو بدت منفصلة عن التعدى . ففى مثال المرأة التى نزع سنها فتجن يوما وتفيق يوما وجب الضمان مع أن هذا الجنون الجزئى يبدو مستقلا ومنفصلا عن مجرد نزع السن . وتدل صياغة هذا الافتراض على وعى الذين ساقوه بعدم الارتباط بين الفعل والنتيجة . ومعنى ذلك أن هناك من يذهب إلى ضمان الأضرار الناشئة عن التفزيع مطلقا ، سواء بدت نتيجة طبيعية لفعل التعدى أم منفصلة عنه وغير مترتبة عليه .

الفصل الثالث : التعسف فى استعمال الحقوق

المطلب الأول : مفهومه

٣٤٣ – تقديم : آثرت إفراد دراسة التعسف فى استعمال الحقوق عن سائر موجبات ضمان التعدى بفصل خاص لعدة أسباب ، من بينها كثرة هذه الموجبات وطول الفصل السابق ، وتنوع جوانب موضوع التعسف فى الشريعة ، فضلا عن وجوب العناية به والرغبة فى تيسير متابعته .

وقد خرجت للناس فى الحقبة الأخيرة عدة كتب حول نظرية التعسف واستعمال الحقوق فى الشريعة الإسلامية . من بينها كتاب على الخفيف (الحق والذمة)[1] ، ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى للسنهورى ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية لمحمود فتحى ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق للدكتور فتحى الدرينى ، والتعسف فى استعمال الحق وفقا لأحكام القانون المدنى المصرى للدكتور محمد شوق السيد . ولا أتطرق إلى أسس نظرية التعسف ولا إلى تفصيلاتها اكتفاء بما جاء فى هذه الكتب ، وإنما أكتفى فى هذا البحث بالنظر إلى الجوانب العملية للتعسف باعتباره خطأ أو تعديا يوجب الضمان .

المبحث الأول : مفهوم التعسف

٣٤٤ – الحق والتعسف : الحق عبارة عن مكنة قانونية لحماية مصلحة أرادها الشارع وأوجب اعتبارها . وبهذا فإن المصلحة هى الغاية المقصودة من إعطاء الحق . فحفظ النفس مصلحة على سبيل المثال ، لكن الدفاع عن النفس

مكتبة وهبة : ١٩٤٥ .

حق قصد منه حفظ هذه المصلحة . ومع وضوح هذا المعنى فإن هناك اتجاها إلى عدم التفريق بين الحق والمصلحة ، يعبر عنه الأستاذ اهرنج القانونى الألمانى الذى يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون[1] . وهو يرشد إلى ما بين الحق والمصلحة من ترابط .

ويعنى التعسف بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق . وقد يوضح هذا المعنى للتعسف حكم محكمة استئناف كولمار Colmar فى الثانى من مايو عام ١٨٥٥ حينما أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة لحجب النور عن جاره بناء على وجوب تقييد استعمال حق الملكية ، أو أى حق آخر لاستيفاء مصلحة حقيقية مشروعة ، لا لمجرد الاستجابة للرغبات الشريرة أو الشهوات الخبيثة[2] . نعم أعطى القانون الحق للمالك فى الانتفاع بسطح منزله على النحو الذى يشاء ، بإقامة مدخنة أو بالتعلية ، لكن هذا الحق مقيد بالأصول التى قامت عليها القوانين وهى المصالح . وإذا كانت المصالح هى مبنى الأحكام فى الشريعة الإسلامية ، حتى ليذكر ابن القيم فى تعبيره عن هذا المعنى : (أنه حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله) ، فإن الأمر لا يخرج عن ذلك فى النظر القانونى الوضعى . وهذا هو روسكو باوند زعيم مدرسة فقه المصالح بالولايات المتحدة الأمريكية بتعبير أحد الباحثين يقرر أن (المصالح هى التى تضغط على المشرع للاعتراف بها ، فإذا ما انصاع لهذا الضغط ظهرت المصالح فى صورة قواعد قانونية مقررة الحقوق والواجبات)[4] . ويرشد ذلك إلى أن المصالح فى التفكير القانونى هو أصل القانون ومصدره وأن القانون هو أصل الحقوق ومصدرها .

وترتد الحقوق فى القوانين والتشريعات بوجه عام إلى أمرين :

---

(١) التعسف فى استعمال الحق للدكتور محمد شوق السيد ; ص ١٣ .

(٢) الوسيط للسنهورى : ٨٣٧/١ .

(٣) المصلحة فى التشريع الإسلامية لأستاذى المرحوم مصطفى زيد ، دار الفكر العربى ١٩٧٤ ، ص ٢٣ ما بعدها .

(٤) التعسف فى استعمال الحق للدكتور محمد شوقى السيد ص ٢٩ ، ٣٠ .

أولهما : التصرف القانونى كالعقد والإرادة المنفردة والفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون[١] .

والثانى : الواقعة القانونية ، وهى (عمل مادى يقع باختيار الإنسان وإرادته أو بغير اختياره ويرتب القانون عليه أثرا قانونيا معينا . مثل الواقعة الاختيارية ... الحيازة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت)[٢] .

ويؤدى التلازم بين الحقوق والمصالح على هذا النحو إلى وجوب التقيد فى استعمال الحقوق بالمصالح التى أنيطت بها ، وعمل نظرية التعسف هو الرقابة على استخدام الحقوق .

٣٤٥ – التعسف : لمحة تاريخية . اشتمل التفكير القانونى للرومان على بعض التطبيقات العملية لنظرية التعسف . وقد نص أحد فقهائهم على أن (من حفر بئرا فى أرضه وتعمق فى الحفر حتى قطع العروق النابعة فى عين لجاره لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر ، ولكنه يكون مسئولا إذا كان التعمق فى الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار)[٣] . ولم تجد هذه التطبيقات الجزئية طريقها إلى الصياغة القانونية العامة لعدة أسباب ، من بينها احتفاء هذا التفكير بالحقوق الفردية ، وضمور مفهوم المسئولية التقصيرية . ومما يرشد إلى هذا الاحتفاء بالحقوق الفردية وجود قاعدة (من استعمل حقه فما ظلم)[٤] فى التفكير القانونى الرومانى . ويشير برنارد شفارتز إلى بحث نشر عام ١٩١٤ م تضمن تعريف الملكية فى القانون الرومانى بأنها هى حق استعمال الشىء واستهلاكه ، مما يعنى أن حق الملكية ينطوى على حق استعمال الشىء على أى نحو ، ولهذا اتجه البعض إلى أن حق الملكية فى هذا القانون كان ينطوى على الحق فى استعمال الأشياء استعمالا سيئا[٥] .

---

(١) مصادر الحق للسنهورى : ٣٦/١ وما بعدها .
(٢) السابق : ٦٥/١ .
(٣) السابق : ٨٣٥/١ .
(٤) المسئولية المدنية للأستاذين حسين عامر ، وعبد الرحيم عامر : ص ٢١٧ .
(٥) تاريخ القانون فى أمريكا ، برنارد شفارتز ، ترجمة ياقوت العشماوى : ص ١٨٥ .

وقد ساد الاتجاه فى الغرب إلى إعلاء الحقوق الفردية والنفور من تقييد سلطان الملكية فى القرن الثامن عشر ، وبلغ هذا الاتجاه ذروته فى النصف الأول من القرن التاسع عشر . وغلب الشعور فى هذه الأثناء بأن وظيفة القانون هى حماية حقوق الملكية المقدسة باعتبارها الأساس لصون حرية المواطن وحياته وشرفه[1] . وترجع هذه المغالاة إلى سيادة مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire فى القرن التاسع عشر وإلى ظروف الثورة الصناعية والحاجة الاجتماعية إلى إطلاق حرية الملكية وحماية الصناعات الناشئة من أى تدخل يبطىء تقدمها.

٣٤٦ – وفى النصف الثانى من القرن التاسع عشر غيرت المحاكم فى الغرب نظرتها ، ومالت إلى تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحقوق Abuse of rights قاضية بأن حق الملكية ينتهى حيث تبدأ إساءة استعماله .

ويناقش القانون الانجليزى والقوانين المتفرعة عنه أحكام التعسف تحت عنوان Nuissance الذى يترجم للعربية بالمضارة . وشهدت المحاكم الغربية منذ هذه الفترة توسعا فى تطبيق هذه النظرية استجابة لتعقد الحياة الاجتماعية وتعارض الحقوق وتنوعها ونمو الوعى بوجوب الحفاظ على المصالح الاجتماعية . وأعيد فى هذه الظروف تفسير القانون الرومانى حتى تتضمن نصوصه الاعتراف بنظرية التعسف لإكسابها القوة اللازمة للتطبيق فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر وما بعده .

٣٤٧ – فى الشريعة الإسلامية : ولا يبعد أن يكون الفقه الإسلامى هو مصدر القوانين الغربية فى التعرف على نظرية التعسف فى استعمال وصياغة هذه النظرية ، بل هو الأقرب إلى التأثير فى هذه القوانين من القانون الرومانى الذى يعد مصدر هذه القوانين فى التعرف على هذه النظرية . ويترجح افتراض تأثير الفقه الإسلامى على القوانين الغربية بخصوص هذه النظرية إذا ما قورن بالافتراض الشائع الآخر نظرا لأمرين :

---

(١) السابق : ١٢٨ .

أولهما : عدم نضج النظرية فى القانون الرومانى واكتمالها فى فقه الشريعة على نحو يقترب من الصورة التى تبنتها هذه القوانين فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر .

والآخر أن الفقه الإسلامى أقرب إلى هذه القوانين زمانا وأوثق اتصالا بها ، لوجود كتبه وترجمة كثير منها فى القرن التاسع عشر إلى اللغات الأوربية . وقد عهد إلى الانجليز أنفسهم بتطبيق أحكام الفقه الإسلامى فى شبه القارة الهندية لفترة طويلة تزيد على قرنين .

وقد حرصت لجنة صياغة القانون المدنى المصرى الجديد على الأخذ بقواعد الفقه الإسلامى فى هذا الموضوع ، واستمدت من هذا الفقه الضوابط التى تحكم إساءة استعمال الحق . ولا يحس المرء مع ذلك باختلاف نصوص القانون المدنى المصرى فى هذه النظرية عن القانون الفرنسى . ويرشدك هذا إلى احتمال استمداد القانون الفرنسى من المصدر الذى أخذ منه القانون المدنى المصرى فى موضوع التعسف .

٣٤٨ – وقد ناقش الفقهاء أحكام حالات كثيرة من التعسف فى أحكام الجوار وحقوق الارتفاق وفى بحثهم لأحكام الإتلاف والحجر . وقد ناقش الإمام السرخسى جملة من أحكام التعسف مما يتعلق بجناية الراكب وما يحدث الرجل فى الطريق والحائط المائل والبئر وما يحدث فيها والنهر وما يحدث الرجل فى المسجد والسوق ، وذلك فى آخر الجزء السادس والعشرين والجزء السابع والعشرين من كتابه المبسوط ضمن كتاب الديات . وفى المادة ١١٩٢ إلى ١٢٣٤ من مجلة الأحكام العدلية بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والمعاملات الجوارية والانتفاع بالطريق وحقوق المرور والمجرى والمسيل . وفى الباب الثامن والأربعين من معين الحكام للطرابلسى بيان أحكام هذه المعاملات[1] . وأوضح ابن حزم أحكام بعض هذه العلاقات فى آخر كتاب إحياء الموات ، تحت عنوان خاص هو (المرفق)[2] . وفى تبصرة الحكام لابن فرحون والأصل للشيبانى إلحاق

---

(١) ص : ١٦١ .

(٢) المحلى ٢٣٨/٨ ، ٢٤١ وما بعدها .

مسائل التعسف بأبواب الضمان . ويناقش المالكية مسائل التعدى فى الملك فى أبواب الشركات عقب بيان أحكام شركة الجبر التى ترادف شركة الملك عند غيرهم[1] . أما الحنابلة فيناقشون هذا الأمر تحت عنوان أحكام الجوار ، ويلحق أحيانا بكتاب الصلح[2] . ويرشد هذا إلى تشتت معالجة الفقهاء لمسائل التعسف على الرغم من وضوح النظرية فى أذهانهم كل الوضوح وتقعيد الأصوليين منهم لأسسها ومعاييرها العامة .

٣٤٩ – قضية مصطلح التعسف : لم يرد مصطلح التعسف فى عبارات الفقهاء والأصوليين ، وإنما وردت بدلا منه كلمة التعنت فى المعنى نفسه عند الكاسانى ، كما وردت كلمة (المضارة فى الحقوق) فى كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية فيما أشار إلى موضعه الدكتور محمد شوقى السيد[4] ، وهو الذى اختاره المرحوم أبو زهرة عنوانا على مفهوم التعسف .

ويتفق العنت والعسف فى إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير . ويفيد التقييد بشبه الجملة (فى الحقوق أو فى استعمال الحقوق) بيان سبب الظلم أو الإيذاء والإضرار . ويجوز إطلاق التعسف أو التعنت أو المضارة بهذا التقييد عنوانا على نوع خاص من الظلم ، هو الناشىء عن إساءة استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من شرعه . وعلى الرغم من اقتراب مصطلحى التعنت والمضارة فى الحقوق من اللغة الفقهية ووضوح معناهما فإن اصطلاح التعسف هو الأكثر تداولا والأشهر استعمالا لدى القانونيين وطلاب الفقه الإسلامى على السواء ، ولا بأس باختياره ما دامت الاصطلاحات لا مشاحة فيها إذا اتضح معناها .

٣٥٠ – وقد عرف الدكتور فتحى الدرينى التعسف من الوجهة الفقهية بأنه : (مناقضة قصد الشارع فى تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل)[5] .

---

(١) حاشية الدسوقى : ٣/٣٦٠ وما بعدها .
(٢) كشاف القناع : ٣/٤٠٤ وما بعدها .
(٣) البدائع : ٦/٢٦٤ .
(٤) التعسف فى استعمال الحق : ص ١٠١ والطرق الحكمية : ص ٣١٠ .
(٥) أسبوع الفقه الإسلامى بحث المرحوم أبى زهرة فى التعسف نقلا عن المصدر السابق .

ويرشد هذا التعريف إلى المعنيين الأساسين اللذين يتألف منهما التعسف ، وهما :

الأول : المناقضة لقصد الشارع ، مقصودة أو غير مقصودة . ومن الأول وهو أقدم صور التعسف أن يتعمد المكلف المخالفة ويقصد إلى الإضرار ، أو يتحيل بفعل المباح لإسقاط واجب شرعي أو لارتكاب محرم . وتؤثر النية في حكم الفعل طبقا للقاعدة الشرعية القاضية بأن الأعمال بالنيات . وبعبارة الشاطبي فإن (العمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك . بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو للصنم . وأيضا فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون) . ويكفي لتوضيح تأثير النية أن القتل إذا اقترن بها يكون عمدا موجبا للقود وإذا خلا عنها كان خطأ موجبا للدية والعقوبة التعزيرية .

والثاني : كون الفعل مباحا في الأصل . أما لو كان من قبيل المحرم فلا يعد فعله تعسفا في التمتع بحق ، لحرمة ارتكابه وخروجه من دائره الحقوق أو المباحات . وكذا لو كان الفعل واجبا ويعد التجاوز فيه من قبيل إساءة استخدام السلطة . ويوضحه أن الواجب على الأب أن يؤدب ولده ، ويأثم شرعا بترك هذا الواجب ، فإذا أساء أداء هذا الواجب كان متعسفا في استعمال السلطة التي أولاها له الشارع .

٣٥١ — حكم المباح باستعماله استعمالا مذموما :

ويرد التعسف على الأفعال المباحة بحسب أصلها . وإنما يتغير هذا الأصل بالاستعمال المذموم الناشيء عن أي من الأمور التالية :

(أ) القصد السيء إلى الإضرار بالغير .

(ب) عدم الاكتراث أو التبصر أو اتخاذ الحيطة لحماية حقوق الغير ومصالحه .

(جـ) الإهمال .

---

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق : ص ٨٧ .

(٢) الموافقات : ٢/٣٢٤ .

(د) الإضرار بمصالح الغير وحقوقه التى أوجب الشارع اعتبارها .

ويصير الفعل الذى كان مباحا بأصله إلى الحرمة لما صحبه من قصد أو نزق أو إهمال أو لما يؤول إليه من الإضرار بالمصالح التى تكفل الشارع بحمايتها . وإذ يصير الفعل محرما بهذا الوجه فإنه يعد من التعدى الذى أوجب الشارع الامتناع عنه . وقد مال كثير من الكاتبين فى التعسف من الوجهة الفقهية إلى اعتبار التعسف أعم من التعدى أو الخطأ باعتبار أن التعدى فى الشريعة كما فى القانون (لايستند إلى حق أصلا)[1] ، أو أنه لايجرى فى فعل المباحات بحسب الأصل . وقد نسى الذين رأوا هذا الرأى أنه لا فرق فى الحكم الشرعى ، وهو الحرمة ، بين ما كان فى أصله كذلك وبين ما صار إليها بالنظر إلى مآله وهو الإضرار أو ما اقترن به وهو النية أو الإهمال والتقصير . وإذ حكم على الفعل بالحرمة لأصله أو وصفه فإنه يصير من باب التعدى .

وقد أحسن لذلك كل من أبى زهرة وأبى سنة فى اعتبار التعسف من باب التعدى بالتسبب ، إدراكا منهما لعموم معنى التعدى فى الفقه وشموله كل صور الإضرار بالغير ، سواء ما كان منها من التعسف (الفعل المباح بأصله) أو غيره . ولا يعنى قيام التعسف على قاعدة سد الذرائع والنظر إلى المآلات إخراجه من التعدى ، فإن الذريعة تأخذ حكم نتيجتها أو مآلها ، فإن كانت تؤدى إلى واجب فواجبة وإلا كانت ممنوعة محرمة ، واعتبرت من التعدى الموجب للضمان .

ولا ينافى اعتبار التعسف من التعدى الاتجاه إلى إفراد النظرية بنص عام يتناول استعمال جميع أنواع الحقوق ولا يختص بالمسئولية التقصيرية وأسباب الضمان . ولهذا فقد نص القانون المدنى المصرى على أحكام استعمال الحق والتعسف فى مادتيه الرابعة والخامسة ولم يعالج ذلك ضمن تناوله لأحكام المسئولية التقصيرية . وقد كان من الأوفق فيما يبدو لى أن يشار فى أحكام المسئولية التقصيرية إلى النص العام المتعلق بالتعسف ، باعتبار أن الحكم بالضمان هو أهم نتائج المؤاخذة على التعسف .

---

(١) نظرية التعسف فى استعمال الحق للدكتور فتحى الدرينى : ص ٧٣ .

٣٥٢ - الأسس العامة للتعسف فى الشريعة : يقوم التعسف فى الشريعة على المبادىء التالية :

(أ) الربط بين أحكام الأفعال وغاياتها أو المصالح التى شرعت من أجلها ، بحيث يتغير الحكم بتغير المصالح أو المفاسد المترتبة على هذه الأفعال . هذا هو النظر إلى المآلات . فالزواج واجب على سبيل المثال إذا كانت العزوبة تؤدى إلى تيقن الوقوع فى الزنا ، ومحرم إذا كان يؤدى إلى الظلم ومكروه إذا خيف من الوقوع فيه ، ومندوب إليه مع القدرة والخوف من الوقوع فى الزنا ومباح مع القدرة عند الاعتدال .

(ب) وجوب موافقة قصد المكلف من الفعل الذى يؤديه لقصد الشارع من شرع هذا الفعل . وقد عبر الشاطبى عن هذا المبدأ بوضوح بالغ . وعبارته فى هذا المعنى : (قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقا لقصده فى التشريع . والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة ؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك فى أفعاله وألا يقصد خلاف ماقصد الشارع . ولأن المكلف خلق لعبادة الله وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد فى وضع الشريعة .. وأيضا فقد مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والتحسينيات ، وهو عين ما كلف به العبد ، فلا بد أن يكون مطلوبا بالقصد إلى ذلك ، وإلا لم يكن عاملا على المحافظة ، لأن الأعمال بالنيات . وحقيقة ذلك أن يكون خليفة الله فى إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه . وأقل ذلك خلافته على نفسه ، ثم على أهله ، ثم على كل من تعلقت له به مصلحة . ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » . وفى القرآن الكريم : ﴿ وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾ وإليه يرجع قوله تعالى : ﴿ إنى جاعل فى الأرض خليفة ﴾ ، وقوله : ﴿ ويستخلفكم فى الأرض فينظر كيف تعملون)[1] . وقد ذكر الشاطبى أيضا أن (كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة

غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضها فعمله فى المناقضة باطل . فمن ابتغى فى التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل)[2] . ويعنى هذا أن للمباحات غايات ومصالح معينة قصد الشارع إليها بشرعه الحكم ، فإذا وافق قصد المكلف الغاية التى شرعت الإباحة من أجلها استمر الفعل على الإباحة وإلا تغير الحكم .

(جـ) رفع الضرر طبقا لما نصت عليه آيات القرآن الكريم وأحاديث النبى ﷺ .

٣٢٠ – معيار التعسف : تتنوع معايير التعسف إلى ما يلى :

أولا : معيار القصد أو النية ، وهو المعيار الشخصى فى الكتابات القانونية . ويوضحه أحد الرواد فى إذاعة نظرية التعسف فى فرنسا ، وهو جو سران ، بقوله: (إن ذلك التاجر الذى يتوسع فى أعماله يعلم تماما أن عملاءه يُقْتَطَعُون من عملاء أقرانه التجار ، وقد يكون فى ذلك إفلاس بعضهم)[1] . وإنما يتحقق هذا المعيار بأن يقصد المرء إلى الإضرار بالغير . ويشير الشاطبى إلى هذه الصورة بالتفريق بين تمحيض القصد إلى الإضرار وبين العمل على جلب المصلحة ودفع المفسدة مصحوبا بالقصد إلى الإضرار ، كالمرخص فى سلعته قصدا لطلب معاشه والإضرار بغيره وفى رأيه أنه لا إشكال فى منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ، لثبوت الدليل على ألا ضرر ولا ضرار فى الإسلام . لكن يبقى النظر فى هذا العمل الذى اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير ، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصلى من الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ هذا مما يتصورفيه الخلاف على الجملة . وهو جار على مسألة الصلاة فى الدار المغصوبة . ومع ذلك فيحتمل فى الاجتهاد تفصيلا وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر فى استجلاب تلك المصلحة أو درأ تلك المفسدة حصل له ما أراد أولا . فإن كان كذلك فلا إشكال فى منعه منه ، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فلينقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار . وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التى

---

(١) نقلا عن التعسف فى استعمال الحق للدكتور محمد شوق السيد : ص ١٢٩ (٢) السابق : ٢/٣٣٢ .

يستضر منها الغير فحق الجالب أو الدافع مقدم ، وهو ممنوع من قصد الإضرار . ولا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق فإنه إنما كلف بنفى قصد الإضرار ، وهو داخل تحت الكسب لا بنفى الإضرار بعينه)[1] .

ومفاد هذا النص :

- يمنع المرء من الفعل إذا تمحض قصده للإضرار بالغير أو كان مظنة القصد إلى ذلك . فالقصد إلى الإضرار فى الوصية حرام شرعا ، لقوله تعالى : (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار) ، ويمنع منها إذا كانت لوارث ، ويمنع مما زاد على الثلث إذا كانت لأجنبى بما يجاوزه إلا بإذن الورثة ، كما يمنع منها فى رواية عن مالك وفى قياس مذهب أحمد[2] .

- يحرم الفعل كذلك إذا اجتمع فيه قصد نفع النفس ونية الإضرار بالغير ، كالمرخص فى سلعته لتحقيق منفعته ولإضرار غيره من التجار ، ويمنع فاعله من فعله إذا وجد طريقًا لتحقيق منفعته دون إضرار بغيره . فمن يحفر بئرا فى أرضه قريبا من بئر غيره بحيث يؤدى حفر البئر الجديد إلى نضوب القديم يؤمر بأن يحول بئره إلى مكان أبعد فى أرضه تجنبا لتعطيل بئر جاره إن وجد سبيل لذلك ، وإلا لم يمنع ، حتى لا يتحمل هو الضرر لنفع غيره . ويؤمر مع ذلك بعدم القصد إلى الإضرار بغيره .

ثانيا : معيار النظر إلى نتيجة الفعل وثمرته ، بحيث يعد الفعل تعسفا طبقا لما أجمله الشاطبى فى الأحوال التالية :

(أ) تهديد الفعل لمصلحة من المصالح العامة ويمنع فاعله ، (لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، بدليل النهى عن تلقى السلع وعن بيع الحاضر للبادى واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة . وقد زادوا فى مسجد رسول الله ﷺ من غيره ، مما رضى أهله ومالا ، وذلك يقضى بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص ، لكن بحيث لا يلحق الخصوص

---

(١) الموافقات : ٣٤٩/٢ .

(٢) أحكام القرآن للقرطبى : ٨٠/٢ ، ٨١ .

(٣) أى لم يرض أصحاب الأرض التى أخذت فى المسجد .

مضرة)[1] . ويتفق هذا الاعتبار إلى حد ما مع معيار الغاية الاجتماعية الذى نادى به (جوسران) فى تمييز أفعال التعسف . وفى رأيه أن الحقوق لها وظائف اجتماعية وأن غاياتها مرسومة محددة ، (بحيث يعد متعسفا فى استعمال حقه من يهدف إلى تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أيا كانت المصلحة الشخصية التى يهدف إليها من جراء استعمال الحق)[2] . ويختلف هذا النظر عما أخذ به الشاطبى ، فقد أطلق (جوسران) الانتصار للمصلحة العامة على حين أن الشاطبى فيما يبدو لى يشترط فى تقديم المصلحة العامة العمل على جبر الضرر الخاص ما أمكن .

(ب) تهديد الفعل لمصلحة من المصالح الخاصة ، بحيث يكون أداؤه إلى الإضرار بالغير لازما أو ظنيا أو كثيرا .. فإن كان الأداء إلى المضرة لازما منع فاعله من هذا الفعل ، لأن توخيه لهذا الفعل مع ما فيه من مضرة (لا بد فيه من أحد أمرين إما تقصير فى النظر المأمور به ، وذلك ممنوع ، وإما قصد إلى نفس الإضرار ، وهو ممنوع أيضا ، فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل . لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدى على الجملة)[3] . أما إن كان الأداء إلى المفسدة مظنونا محتملا فيترجح المنع من الفعل واعتبار فاعله متعديا وإن لم يقصد إلا مصلحة نفسه من جهة أنه مظنة التقصير[4] . ويختلف ذلك عما إذا كان أداء الفعل إلى المفسدة نادرا فإنه لا يعد من التعسف ، ويحمل على أصله من الإذن ، (لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا عبرة بالندور فى انخرامها ، إذ لا توجد مصلحة عرية عن المفسدة جملة ، إلا أن الشارع إنما اعتبر فى مجارى الشرع غلبه المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مُجْرى العاديات فى الوجود . ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة مع معرفته

---

(١) الموافقات : ٣٥٠/٢ .
(٢) نقلا عن التعسف فى استعمال الحق للدكتور محمد شوق السيد : ص ١٣٧ .
(٣) الموافقات : ٣٥٨/٢ .
(٤) الموافقات : ٣٦٠/٢ .

بندور المضرةعن ذلك تقصيرا فى النظر ولا قصدا إلى وقوع الضرر فالعمل إذا باق على أصل المشروعية)[1] .

(جـ) عدم التناسب بين المصلحة المرغوبة وبين المضارة المتوقعة ، وذلك إذا كانت المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، أو مؤدية إلى ضرر فاحش يلحق بالغير .

---

(١) السابق ٣٥٩/٢ .

المبحث الثانى : التصرف فى الملك

٣٥٤ - مذهب الأحناف : يصور الكاسانى مذهب أبى حنيفة فى نوع الحق الذى يثبت للمالك على ملكه تصويرا لم أجده عند غيره ، حيث يبدأ بذكر القاعدة الضابطة لمذهب الإمام ثم يثنى بذكر ما يتفرع عنها . وعبارته فى ذلك : (حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى المملوك باختياره ، ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق . وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة . وكذلك حكم الحق الثابت فى المحل . (إذا عرف هذا فنقول : للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء ، سواء كان تصرفا يتعدى ضرره إلى غيره أولا يتعدى ، فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنورا وله أن يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا ، وله أن يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا[1] وإن كان يهن من ذلك البناء ، ويتأذى به جاره . وليس لجاره أن يمنعه ، حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه ، لأن الملك مطلق للتصرف فى الأصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع . إلا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث : قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه . ولو فعل شيئا من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لأنه لا صنع منه فى ملك الغير[2] .

ويرشد ما سبق إلى أن مذهب متقدمى الأحناف هو تقييد حق المالك فى التصرف فى ملكه بالنظر إلى الحقوق القانونية لغيره فى ملكه لا بالنظر إلى الإضرار بالغير . ومفاده أن للمالك أن يتصرف فى ملكه على أى وجه شاء وإن

---

(١) الديماس هو الحمام كما جاء فى القاموس المحيط والمعجم الوسيط .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٦٤/٦ .

أضر بغيره على الرغم من حرمة هذا الضرر ديانة ، لكن لا يمنع منه قضاء ، لكن لا يجوز للمالك أن يؤدى تصرفه إلى التأثير فى حقوق ملك غيره . ولذا لا يجوز أن يزرع زرعا أو شجرا تتدلى أغصانه وفروعه إلى ملك الجار ، ويؤمر بقطع الأغصان المتدلية ، لا لإضرارها بالجار بل لشغلها ملكه دون إذنه ، وهو لا يجوز .

غير أن متأخرى الأحناف قد شغلهم فيما يبدو إضافة قيد آخر إلى حق التصرف فى الملك ، هو عدم الإضرار بالغير (ضررا بينا) بتعبير الحموى الذى أشار إلى الخلاف بين المتقدمين من الأحناف وبين المتأخرين فى توضيحه للحكم بالمنع من اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين . وقوله فى هذا الصدد : (اعلم أن فى جنس هذه المسائل اختلافا حاصله أنه لا يمنع على أصل الإمام ، وهو أن كل من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه فى الحكم وإن لحق بالغير الضرر . وأفتى بهذه الطائفة . لكن ترك غالب المتأخرين ذلك فى موضع يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضررا بينا ، وقالوا بالمنع ، عليه الفتوى فى كثير من المتعبرات)[1] . وقد أدى الأستناد لمعيار الضرر إلى تطور فى المذهب الحنفي ذى مغزى عميق الدلالة فيما يتعلق بالنظر إلى حق الملكية .

ويسجل البغدادى فى مجمع الضمانات جنبا إلى جنب فتاوى متناقضة تتضمن إيجاب الضمان للتصرف فى الملك تصرفا ضارا بالغير وعدم إيجابه فى أحوال مماثلة . ولا حل لهذا التناقض إلا برد الفتاوى التى لا توجب الضمان بهذه التصرفات إلى المرحلة المتقدمة فى المذهب ، ورجع الفتاوى التى توجبه إلى مذهب متأخري الأحناف .

أما المجلة العدلية فقد أخذت بمذهب المتأخرين وأوجبت الضمان فى تصرفات المرء فى ملكه إذا أدت هذه التصرفات إلى الإضرار بالغير ضررا فاحشا . وفى المادة ١١٩٩ من هذه المجلة تعريف الإضرار الفاحش بأنه هو (كل

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للحموى : ١٢١/١ .

ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه) . وفى المادة ١١٩٢ النص على تقييد التصرف فى الملك بعدم التعرض لحقوق الغير ، ولفظها :(كُلٌّ يُتصرف فى ملكه كيف شاء . لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ..) ويتفرع عن ذلك ما جاء فى المادة ١١٩٥ من هذه المجلة بلفظ : (من أحدث فى داره بيتا فليس له أن يبرز رفرافه على هواء دار جاره ، فإن أبرزه يقطع القدر الذى جاء على هواء تلك الدار) . لكن المادة ١١٩٨ تضيف إلى قيد (حق الغير) قيد (عدم الإضرار بالغير ضررا فاحشا) حسبما أخذ به متأخرو الأحناف ، ولفظها : (كل أحد له التعلى على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا) .

ومع ذلك فقد توسعت لجنة المجلة فى اعتبار أضرار كثيرة من قبيل الضرر الفاحش ، مع أن بعض هذه الأضرار لا يدخل فى الضرر الفاحش بالتعريف الذى تضمنته المادة ١١٩٩ السالفة الذكر ، والتى حددت هذا النوع من الضرر بما يضعف الملك ويوهنه ويؤدى إلى زواله أو بما يمنع منفعته الأصلية المقصودة منه . وتشمل الأضرار المضمونة حسبما جاء فى المادة ١٢٠٠ وما بعدها الأمور التالية :

(أ) إضعاف البناء : من ذلك أن يتخذ أحد إلى جوار دار (دكان حداد أو طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن ... وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهرا إلى طاحونه ، وجرى الماء يوهن جدار الدار ، أو اتخذ أحد فى أساس جدار جاره مزبلة ، وإلقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع الضرر ... كذلك لو أحدث رجل دكان طباخ فى سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضررا فاحشا فإنه يكلفه رفع ضرره . وكذلك إذا كان لرجل سياق فى داره فانشق وتضرر جاره من جرى مائه ضررا فاحشا فبناء على دعواه يلزم تعمير ذلك السياق وإصلاحه)[1] .

---

(١) المادة : ١٢٠٠ من العدلية .

(ب) منع المنفعة الأصلية المقصودة من الملك : ويشمل ذلك كلا من الأمور التالية :

– الرائحة السيئة : يمنع من إحداث فرن أو معصرة إلى جوار دار لا يستطيع صاحبها السكنى فيها (لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة . فهذا كله ضرر فاحش بأى وجه كان يدفع ويزال)[1] .

– سد الضياء : (سد الضياء بالكلية ضرر فاحش . فإذا أحدث رجل بناءً سدّ به شباك بيت جاره ، حتى صار لا يقدر على القراءة من الظلمة فله أن يكلفه رفع الضرر الفاحش . ولا يقال الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب . وإن كان لهذا المحل شباكان سد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضررا فاحشا)[2] .

– الغبار : (لو أحدث رجل بيدرا فى قرب دار آخر وبمجىء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها فله أن يكلفه رفع ضرره)[3] .

– العدوان على حق الخصوصية والاطلاع على الأماكن المخصصة للنساء كالمطبخ وصحن الدار : (رؤية المحل الذى هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضررا فاحشا . فإذا أحدث رجل فى داره شباكًا أو بناء مجددا وجعل له شباكا مطلا على المحل الذى هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر .. إما ببناء حائط أو وضع طبلة ، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية)[4] .

أما حجب الهواء ومنع دخول الشمس وحجب النظر والرؤية فليس من الضرر الفاحش[5] . لكن القضاء الانجليزى قد اعتبر حجب النظر فى قضية Campbell v.. Paddington ضرراً يتعين رفعه وفى هذه القضية أقام المدعى عليه منصة تستوعب عدداً من المشاهدين لبعض

---

(١) المادة السابقة .

(٢) المادة: ١٢٠١ من العدلية .

(٣) المادة : ١٢٠٠ من العدلية .

(٤) المادة : ١٢٠٢ من العدلية .

(٥) المادة : ١٢٠١من العدلية .

المسابقات الرياضية مما أدى إلى حجب رؤية هذه المسابقات من شرفة المدعى التى كان يقوم بتأجيرها . ويقترب المذهب الحنفى بما أضافه المتأخرون وبما فسرته مجلة الأحكام العدلية من المذهبين المالكى والحنبلى فى التعسف .

٣٥٥ – مذهب الظاهرية والشافعية : لا يتقيد حق المالك فى ملكه عند الظاهرية بمراعاة نفع غيره . وعبارة ابن حزم فى هذا الصدد : (لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف فى مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا)[1] . ولكن لا يجوز للمالك أن يؤدى تصرفه إلى الافتيات على حق غيره فى ملكه . يرشد إلى هذا قول ابن حزم : (ليس لأحد أن يرسل ماء سقفه أوداره على أرض جاره أصلا . فإن أذن كان له الرجوع متى شاء ، لقول رسول الله ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » . فإطلاقه ماء داره على أرض جاره تصرف منه فى مال غيره ، وهو عليه حرام . والإذن فى ذلك إنما هو ما دام إذنا لأنه لم يملكه الرقبة ، والإذن فى شىء ما اليوم غير ما لم يؤذن له فيه غدا بلا شك وبالله التوفيق)[2] .

وتفريعا عليه فإنه يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه وإن أدى إلى الإضرار بغيره إذا لزم هذا الإضرار عن هذا التصرف ، ولا يمنع منه . أما إذا لم يقتض التصرف الضرر واستقل فإنه يمنع من هذا الضرر . ولعل هذا ما ترشد إليه الفروع التى أوردها ابن حزم ، فعنده أن (لكل أحد أن يعلى بنيانه ما شاء وإن منع جاره الريح والشمس لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له . ولكل أحد أن يبنى فى حقه ما شاء من حمام أو فرن أو كمد أو غير ذلك ، إذ لم يأت نص بالمنع من شىء من ذلك)[3] . وكذلك يجوز عنده (لكل أحد أن يفتح ما شاء فى حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء فى دار جاره أو فى درب غير نافذ ، ويقال لجاره ابن فى حقك ما تستتر به على نفسك إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط)[4] .

---

(١) المحلى : ٢٤١/٨ .

(٢) المحلى : ٢٤٢/٨ .

(٣) السابق .

(٤) السابق : ٢٤١/٨ .

ومفاده أن للمالك أن يتصرف فى ملكه بالتصرفات المباحة ، لا يمنع من شيء منها عموما ، وإن أضر هذا بغيره . وإنما يمنع من التصرفات غير المباحة كالاطلاع على عورات الجار عموما لحرمة ذلك فى الشرع ، كما يمنع من التصرفات الضارة المقصودة أو التى لا يؤدى تجنبها إلى تعطيل حقوق الملك . وهذا هو ما يستنتج من قول ابن حزم : (ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى إيذاء المسلم) . وهو بهذا يعترف بنوع من التعسف الخاص بالأضرار المقصودة أو التى لا تلازم بينها وبين الاستمتاع بحقوق الملكية .

وإذا كان ابن حزم يذهب إلى إطلاق حرية المالك فى ملكه بالاستناد إلى النصوص فإنه يقترب من مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire الذى أذاعه آدم سميث فى القرن التاسع عشر . وطبقا لهذا المذهب فإن الحرية الشخصية والملكية الفردية توأمان متلازمان ويفضى كل منهما للآخر . ومع ذلك فإن النصوص السابقة الذكر تدل على أن ابن حزم كان يميل إلى تقييد التصرف فى الملك بحقوق الغير فى التصرف فى ملكه وبألا يكون الضرر مقصودا أو التصرف مشروعا .

٣٥٦ – ويطلق الشافعية كذلك حرية المالك ولو ترتب عليها الإضرار بغيره ، ويرون أنه لا يمنع من التصرف فى ملكه مراعاة لإضرار هذا التصرف بغيره ، حتى لا يحمل عليه فى ماله ما ليس بواجب عليه[١] . وتفريعا على ذلك صرح بعضهم بجواز فتح كوة مشرفة على الجار وعلى حريمه ، وليس للجار منع المالك من فتح هذه الكوة ، (لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه فإذا رفع بعضه لم يمنع)[٢] ، ولإمكان دفع الجار للضرر عن نفسه ببناء ما يستر فى ملكه[٣] . ويستند هذا المذهب إلى القاعدة القاضية بأن الجواز الشرعى ينافى الضمان . فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

---

(١) الأم : ٢٢٢/٣ .

(٢) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب : ١٨٧/٢ ، وحاشية الجمل : ٣٦٣/٣ .

٣٥٧ – مذهب المالكية والحنابلة : اعتبر المالكية والحنابلة المآلات فى النظر إلى الأفعال والحكم عليها ، فالفعل محرم إذا كان يؤدى إلى ما نهى عنه الشارع . وعلى المكلف النظر إلى ما يحتمل أن يؤدى إليه فعله ، فإن كان يؤدى إلى المفسدة لا زما أو كثيرا أو غالبا وجب عليه الامتناع عن هذا الفعل وإلا ضمن ، من جهة أن إقدامه على الفعل مع أدائه إلى المفسدة على هذا النحو مظنة القصد إلى المفسدة أو التقصير فى النظر المأمور به شرعا إلى ما يؤول إليه فعله ، فيكون متعديا فى ذلك وهو سبب الضمان على ما قد علمت مما ذكرته للشاطبى . والنظر إلى المآلات هو أساس الحكم بالتعدى فى الإهمال وفى كثير من أنواع التعدى بالتسبب . ولا يعد الفعل من التعدى إذا كان أداؤه إلى المفسدة نادرا .

ويقابل النظر فى مآلات الأفعال معيار توقع نتائج السلوك Foreseeability فى القانون الانجليزى . ومفاد هذا المعيار أن الفعل لا يعد خطأ موجبا للتعويض إذا لم يكن بوسع الشخص المعتاد Reasonable man أن يتوقع النتيجة التى ترتبت على هذا الفعل لندرة حدوثها بعده . ويكون الفعل خطأ إذا كان بوسع الرجل المعتاد أن يتوقع to foresee ما يؤول إليه الفعل .

٣٥٨ – قيد المالكية والحنابلة من أول الأمر استعمال الحق بأمرين .

الأول : عدم التعدى على حقوق الغير ، سواء استضر الغير بهذا التعدى أم لا . فمن يزرع شجرة تمتد فروعها إلى هواء أرض الجار يؤمر بقطع هذه الفروع . ولا يدفع تعديه إثبات انتفاع الغير بظل هذه الفروع وعدم استضراره بامتدادها ، لأن التصرف فى ملك الغير لا يجوز إلا برضاه . وإلا لانفتح باب واسع للتسلط على أموال الآخرين بحجة نفعهم ، وهو مناف لمفهوم حق الملكية .

الثانى : عدم الإضرار بالغير إذا كان مآل الفعل إلى الضرر لازما أو كثيرا غالبا .

ويشمل التعدى بهذا الاعتبار عندهم كلا من :

(أ) القصد إلى الإضرار .

(ب) التصرف فى الملك على وجه الإهمال إذا ترتب عليه الإضرار بالغير .

من ذلك أن يوقد نارا فى أرضه فى يوم ريح لإحراق الحشائش التى يريد إحراقها ، فإذا تعدت إلى أكداس جاره ضمن بتعديه فى استعمال حقه[1] . ويتفق المالكية والحنابلة مع بعض محققى الأحناف من المتقدمين خلافا لما أخذ به كبار أئمتهم ؛ ففى معين الحكام نقلا عن الجامع الصغير لمحمد بن الحسن من كتاب الإجارات أنه لو استأجر أرضا فأحرق الحصائد فاحترق كدس غيره لا يضمن . وينقل الطرابلسى عن السرخسى الضمان لو أحرقت الحصائد فى يوم كان فيه ريح[2] . وأمثلة كثيرة .

(ج) التصرف فى الملك على الوجه المعتاد إذا لزم عنه الضرر بالغير أو غلب وكثر . وفى هذا يختلف المالكية والحنابلة عن غيرهم فإنهم يقيدون التصرف فى الملك بعدم الإضرار بالغير بأدلة شرعية لا تحصى ، على رأسها قوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار ، وقوله : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام .

٣٥٩ – وينتج رأى المالكية والحنابلة فى تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ، جارا أو غير جار، نتيجة على قدر كبير من الأهمية ، هى التوسع فى مسئوليات شاغل العقار وحائزه . فلا يجوز له عند المالكية أن يجعل فى جدار سوره قضيبا محددا أو عيدانا لتدخل فى رجل من يريد الدخول إلى حائطه[3] . وليس افتراض المسألة على اطلاقها . ويغلب على الظن تقييد عدم الجواز بالاستتار وخفاء القضيب المحدد أو العيدان عن أعين من يريدون الدخول . أما لو كانت بارزة واضحة فيغلب على جواز اتخاذها فى مذهب المالكية . يرشد إلى هذا التقييد

---

(١) لا يخفى شيوع القضايا المتعلقة بانتقال النار من أرض إلى ما حولها . وفى قضية Vauhab v. Menior (١٨٣٧) حذر المدعى المدعى عليه من أن إشعاله للنار فى أرضه قد يؤدى إلى انتقالها منها وإحراقها للحصاد الجاف لهذا المدعى . ورد المدعى عليه بأنه سيضع هذا الاحتمال فى اعتباره ، وأشعل النار التى انتشرت فى أرض الجار وأضرت بممتلكاته . وقد حكم القاضى بمسئولية المدعى عليه عن هذه الأضرار مشيرا إلى أن القانون ينظر إلى الفعل دون النية . وعبارته Law looks at the action and not to the intention . وهذا صحيح فى الفقه الإسلامى بالنسبة للغرامات لا العقود والعبادات .

(٢) معين الحكام للطرابلسى : ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ولسان الحكام : ٢٨١ .

(٣) تبصرة الحكام : ٣٤٦/٢ .

مذهب الحنابلة والمالكية فيما لو حفر بئرا فى داره وستره ليقع فيه الداخل فعليه ضمانه[1] وفى تبصرة الحكام أن من حفر بئرا فى ملكه ليتلف به سارقا فإنه يضمنه لو تلف بوقوعه فيه[2] . ويضمن الحائز من باب أولى لو أهمل فى اتخاذ ما يلزم لسلامة الداخلين إلى ملكه بإذنه ورضاه . فإذا عثر الداخل للدار المأذون له فى دخولها بالدرج المكسور فى سلم هذه الدار فالضمان على صاحبها تخريجا على مذهب المالكية والحنابلة ، ويعد متعديا بإهمال إصلاح هذا الدرج والإذن للزائر بالدخول . ولا يبعد أن يجب الضمان على من يتخذ كلبا مؤذيا لحراسة داره من الداخل إذا عض غير المأذون له فى الدخول . ولا يدفع هذا الضمان التعلل بحقه فى الدفاع عن نفسه أو ماله ، لأن حالة الدفاع غير قائمة بشروطها المعتبرة . وفى تبصرة الحكام النص الى هذه المسألة ؛ فقد جاء فيها أن (من اتخذ كلبا لداره يعقر من يريد الدخول ضمن)[3] .

٣٦٠ – ولا فرق عند المالكية والحنابلة فى الأضرار المضمونة بالتعسف بين الأضرار المادّية المتعلقة بأعيان الأموال وبين الأضرار الأخرى المتعلقة بمنفعتها أو بالانتفاع بها على الرغم من الموقف العام السائد فى الفقه الإسلامى ، وفى القانون العرفى الانجليزى ، وهو الاتجاه إلى العناية بأعيان الأموال والحفاظ عليها ومنع الأضرار المتعلقة بها مع التساهل فيما يتعلق بالمنافع . وتتضح جهود المالكية والحنابلة فى الحفاظ على أعيان الأموال ومنافعها والانتفاع بها بالنظر إلى أنواع الأضرار التى سعى هذان المذهبان إلى منعها عن طريق بإلحاقها بالأضرار المضمونة . وفيما يلى إشارة موجزة إلى أنواع الأضرار التى أوجب علماء المذهبين جبرها والمنع منها .

---

(١) كشاف القناع : ٦/٧ ، ٥/٥١١ .

(٢) تبصرة الحكام : ٢/٣٤٦ .

(٣) السابق .

(١) الموافقات : ٢/٣٣١ .

٣٦١ – الأضرار المضمونة فى التعسف : تتنوع الأضرار المضمونة فى الفقه الإسلامى تنوعا كبيرا قد يصعب على الحصر . وفيما يلى بيان بأهم هذه الأضرار :

أ – الإتلاف والإضعاف كاتخاذ بئر أو حفر قناة قريبة من جدار للغير . ومن ذلك سؤال مطرف عن (النحل يتخذها الرجل وهى تضر بشجر الناس إذا نورت ، أو يتخذ برجا فى القرية للعصافير ليصيب من فراخها ، فقال : أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر الناس فى زرعهم وشجرهم . وقال أشهب : النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت . وعلى أهل القرية حفظ زرعهم . وقاله ابن القاسم)[١] .

ب – الإضرار بالصحة : يجبر المرضى بالأمراض المعدية على اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع انتشار هذه الأمراض وانتقالها إلى غيرهم . وفى كشاف القناع أنه (لا يجوز للجذماء مخالطة الأصحاء عموما ، ولا مخالطة أحد معين صحيح إلا بإذنه . وعلى ولاة الأمر منعهم من مخالطة الأصحاء بأن يسكنوا فى مكان مفرد لهم ونحو ذلك . وإذا امتنع ولى الأمر من ذلك أو المجذوم أثم . وإذا أصر على ترك الواجب فسق)[٢] .

وينسب فعل كل من المريض وولى الأمر إلى التعدى ، وهو مايلائم فرض الضمان عليهما لو مرض أحد بمخالفتهما الواجب عليهما شرعا . وهو يدل على أنه لا يشترط أن يكون الفعل الموجب للضرر ماديا . ولا يبعد وجوب الضمان طبقا لذلك على من اقتنى حيوانات مريضة بأمراض معدية إلى جوار مزارع لتنمية الحيوانات والطيور ، إذا انتقلت إليها الأمراض ذاتها وثبت برأى الخبراء قيام ركن السببية .

جـ – الرائحة : مذهب متأخرى الأحناف المنع من اتخاذ ما يؤذى الجار

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٥٦/٢ .
(٢) كشاف القناع : ١٢٦/٦ .

برائحته . ويبدو أن المالكية والحنابلة هم الذين عنوا بالنص على ذلك . فلا يجوز عندهم أن يحدث أحد مدبغة ، أو (يفتح بقرب جاره مرحاضا ولا يغطيه ، أو ما تؤذى رائحته ، لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم وتصل إلى الأمعاء فتؤذى الإنسان ، وهو معنى قوله ﷺ : « من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا يؤذينا بريح الثوم » . وكل رائحة تؤذى يمنع منها لهذا . قال : وبه العمل)[١] . وفى حاشية الدسوقى النص على المنع من اتخاذ ماله (دخان كحمّام وفرن ومطبخ وقمين ، ورائحة كدباغ ومذبح ومسمط ... للضرر الحاصل من ذلك . والمراد الحادث مما ذكر لا القديم)[٢] . وما أصاب صاحب السّعال من ضرر وضيق نفس بإثارة دخان فهو مضمون على من أثاره[٣] . وريح الطبيخ إذا كان يضر بامرأة حامل وجب الامتناع عن إعداد مثله ، وإن علم استضرارها بهذا الريح وأضرها فى نفسها أو حملها فالإثم والضمان على الطابخ .

ولم يعترف القانون الانجليزى بهذا النوع من الإيذاء أو المضارة Nuisance إلا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر . ولم يتطلع مفكروه إلى العمل على المنع من الأضرار غير العينية إلا فى هذه الأثناء . ومن القضايا الرائدة فى هذا الصدد قضية Benjamin v. Storr (١٨٧٤) ، حيث كان للمدعى خان (قهوة) فى حديقة دير ، واعتاد المدعى عليه أن يترك خيوله بعربتها التى تجرها أمام هذا الخان . ورفع المدعى الأمر إلى القضاء مطالبا بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء اعتراض الخيول والعربة فى الطريق على نحو يعوق المرور فيه ، ويمنع الضوء عن الخان ، ويصرف الرواد عنه للرائحة السيئة التى تنبعث من الفضلات التى تلقيها هذه الخيول . وقد رأت المحكمة التعويض عن هذه الأضرار . وفى قضية St.Helen's Smelting Co. v. Tipping (١٨٦٥) اشترى المدعى أرضا بجوار مصنع الشركة المدعى عليها ، وثبت له فيما بعد تأثير

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٦٩/٢ .

(٢) حاشية الدسوقى : ٣٦٩/٣ والمذبح المكان المعد للذبح ، والمسمط هو الإناء الذى يوضع فيه مصارين البهيمة ورأسها وكرشها ويسمط فيه ذلك فى الماء الحار لإزالة قذرها .

(٣) المبدع : ٣٤٣/٨ .

الدخان المنبعث من هذا المصنع على الأشجار والنباتات المزروعة فى هذه الأرض التى اشتراها . ودافع المدعى عليه بأن هذه المنطقة التى أقيم فيها المصنع منطقة صناعية ، وأن العمل يجرى فى هذا المصنع على النحو المألوف فى المصانع المماثلة . وعلى الرغم من موافقة المحلفين Jurors على جريان العمل فى المصنع بالأسلوب المألوف فى غيره من المصانع فقد رأوا أن المكان الذى أقيم فيه لا يعد مناسبا ، وصدر الحكم بتعويض المدعى عن الأضرار التى لحقت به[1] .

د - الانتفاع بالأموال : تؤثر بعض الأضرار على منافع العقارات ، كحجب الضوء والشمس ومنع الريح عنها . وقد نسب ابن عتاب للإمام مالك أن (جميع الضرر يجب قطعه إلا ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان فى معناهما إلا أن يثبت القائم فى ذلك أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره)[2] . واختار بعض المالكية أنه لا يمنع من التعلية لحجب الضوء أو الشمس إلا بأحد أمرين : **أولهما** : القصد إلى الإيذاء والمضارة ، **والثانى** : أن يمنع الضوء أو الشمس بالكلية حتى يظلم عليه[3] . ولذا فإنه لا يمنع من التعلية ببنائه إذا كان الضوء يأتى للجار من أية جهة أخرى غير جهة التعلية . وقد يوضح ذلك قضية Poul v. Robson حيث كان للمدعى دار من ثلاث طوابق بواجهة جنوبية وأخرى شرقية بفتحات عدة ينفذ منها الضوء والهواء . وكان للمدعى عليه دار فى الجهة الشمالية من طابق واحد فى بعض أجزائها ، بارتفاع ٢١ قدما ، ومن طابقين فى أجزائها الأخرى ، بارتفاع اثنين وأربعين قدما ، فأضاف إليها ثلاثة طوابق أخرى ، دون أن يؤثر ذلك فى المسافة الفاصلة بين الدارين وقدرها سبعة عشر قدما . وفى عريضة الدعوى أكد المدعى تضرره بفعل جاره الذى تسبب فى منع الضوء والشمس عن مبناه إلى حد يخل بالانتفاع به . لكن القاضى حكم بأنه لا حق للمدعى فى هذه الدعوى لنفاذ الضوء والهواء إلى الحد اللازم

---

(١) Hepple and Mathews on Tort, P. 513, Dias and Markesinis, P. 225 .

(٢) تبصرة الحكام : ٣٦٢/٢ .

(٣) تبصرة الحكام : ٣٦٥/٢ .

للسكنى أو للعمل من جهة أخرى . وأيدت محكمة الاستئناف الحكم عند نظر الدعوى أمامها .

هـ – الخسائر المادية ونقص الأرباح : لو أدى التصرف فى الملك إلى التأثير فى عامل من العوامل الطبيعية على نحو لا يمكن تجنب نتيجة هذا التصرف فإنه يمنع الفاعل من هذا التصرف . من ذلك أن يحفر بئرا قريبة من بئر الجار ، بحيث يؤدى الحفر إلى نقص المياه المتجهة إلى البئر القديمة . أما إذا لم يؤد الحفر إلى مثل هذا الإضرار فلا يمنع منه . جاء فى تبصرة الحكام : (وليس للرجل منع جاره من حفر بئر فى داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضر ببئره . وإن كانت رخوة وخشى أن ينشف ماء بئره منع إذا قال ذلك أهل البصر . وروى سحنون عن ابن كنانة أن له أن يحفر وإن أضر بجاره فى بئره . وليس عليه العمل)[1] . ومعناه أن العمل عند المالكية هو المنع من حفر بئر جديدة إذا أضرت بالبئر القديمة ، وأن هناك اتجاها إلى عدم المنع وإن أضرت ببئر الجار ، وهذا الاتجاه المرجوح عند المالكية هو ما أخذ به القضاء الإنجليزى عام ١٨٩٥ فى قضية Bradford Corporation v. Pickles ، حيث أراد المدعى عليه Pickles بيع أرضه للشركة المذكورة بثمن معين لم توافق عليه ، فأراد فرض هذا الثمن ودفع الشركة إلى التعجيل بالشراء بأن حفر بئرا فى أرضه مما أدى إلى نقص المياه التى تصل إلى آبار الشركة . ولما رفعت هذه الشركة الأمر إلى القضاء صدر الحكم بأن تصرف المدعى عليه بالحفر فى أرضه فعل مشروع لا يوجب التعويض عما ينشأ عنه من ضرر . وفى رأى القاضى Lord Halsbury الذى عبر عنه فى حيثيات حكمه فى هذه القضية أن الحالة الذهنية للفاعل فى مثل هذه التصرفات لا تغير من طبيعة حقه ، وأن له أن يستعمل حقه إذا كان الفعل مشروعا حتى ولو كانت نيته فاسدة[2] .

ومن هذا الجنس ما ذكره ابن فرحون فى (إحداث رحى على نهر فوق

---

(١) السابق : ٣٦٣/٢ .

(٢) Heppie and Mathew on torts, P. 563 .

رحى قديمة تضرها فى نقصان طحن أو كثرة مؤنة أو فى غير ذلك ضررا بينا فذلك ممنوع . قاله ابن القاسم . ولو لم يتبين لأهل المعرفة فى ذلك ضرر قيل له : عمّر ، فإن أضررت منعناك)[1] .

أما التأثير بالمنافسة وإنشاء مشروع مماثل والاستحواذ على نسبة من العملاء على نحو يؤدى إلى نقص العائد فلا يعد من التعسف ، ولا يمنع من إقامة هذا المشروع . جاء فى التبصرة : (وأما إحداث ما ينقص الغلة مثل أن يحدث فرنا بالقرب من فرن جاره فهذا لا يمنع منه اتفاقا)[2] . وفى حاشية الدسوقى : (لا يمنع من إحداث ما ينقص الغلة اتفاقا كإحداث فرن قرب فرن أو حمام قرب حمام آخر أو طاحون قرب طاحون آخر)[3] .

ولعل الفارق بين حفر بئر إلى جوار بئر آخر ، مع مايلزم عنه وهو نقص المياه ، وبين إقامة حانوت إلى جوار حانوت آخر مع ما يفضى إليه من توزيع عملاء الحانوت القديم على الحانوتين ، هو فى أن النقص فى الأول نتيجة مباشرة لفعل الحفر فيتسبب لفاعله على حين أن النقص فى الثانى يضاف إلى فعل العملاء ، وليس افتتاح الحانوت إلا سببا غير مباشر ، وتغلب المباشرة السبب حسبما تقدم . ومن جهة أخرى فإن المنافسة فى المصالح العامة أمر مشروع ، وهى أسلوب معترف به شرعا لتحقيق المصالح التى ندب إليها ، ولا يلائمها بهذا الاعتبار أن تكون سببا للضمان ، فالقاعدة أن الجواز الشرعى ينافى الضمان .

و – الضوضاء : لا يمنع من الأصوات المعتادة ولا الضارة ضررا يحتمله الناس فى العادة . أما إن كان الضرر الناشىء عن الأصوات مما لا يحتمله الناس عادة لقوته ودوامه أو لاجتماعه مع أضرار أخرى تزيد من تأثيره فإنه يمنع منه . وهذا هو ما يستنبط من النصوص التالية : .

جاء فى التبصرة : (قال ابن عتاب ، تنازع الشيوخ ببلدنا قديما وحديثا فى

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٦٥/٢ .
(٢) السابق .
(٣) حاشية الدسوقى : ٣٧٠/٣ .

الرجل يجعل فى داره أو فى شبه ذلك ما له دوى وصوت يستضر به الجار مثل الحداد ، فقال بعضهم يمنع منه إذا عمل فيه بالليل والنهار . وقال بعضهم : لا يمنع منه . وقال ابن سعيد : الذى اتفق عليه مشايخنا أن يمنع من العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار . قاله ابن عبد ربه)[1] .

وجاء فى حاشية الدسوق : (لا يمنع من صوت ككمد وهو دق القماش. وقصار وهو الذى يبيض القماش وحداد ونجار .. وصوت صبيان بمكتب بأمر معلمهم لا أصواتهم للعب فيمنعون . ودخل أيضا صوت معلم الأنغام وصوت الكروان المتخذ للصياح والحمام المتخذ للهدير . وظاهر المصنف عدم المنع ولو اشتد صوت كالكمد ودام . وفى المواق خلافه وأن محل عدم المنع ما لم يشتد ويدوم . وإلا فيمنع من ذلك)[2] .

وقد نص فقهاء المالكية على منع الشخص من إحداث اصطبل للدواب بباب جاره ، وإن كان فى ملكه (بسبب بولها وزبلها وحركتها ليلا ونهارا ومنعها الناس من النوم) وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه[3] .

وترشد هذه النصوص إلى المعانى التالية : :

– أن هناك درجة من الضوضاء والأصوات المزعجة لا تعد من التعسف ولا يمنع منها ، وذلك إذا كانت مألوفة معتادة ولا تنفك عن الأعمال المحققة للمصالح الأساسية للمجتمع كأصوات الصبيان بالمكتب وأصوات قص الثياب وصبغها .

– الضوضاء التى لا يتناسب الضرر الناشىء عنها مع ما تحققه من مصالح مما يحق الامتناع عنه ، كأصوات لعب الصبيان والطيور المتخذه للهو .

يمنع كذلك من الضوضاء التى تتسبب فى الإضرار بالناس ضررا لا يحتملونه

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٧٠/٢ .

(٢) حاشية الدسوق : ٣٧٠/٣ .

(٣) تبصرة الحكام : ٣٦٣/٢ ، وحاشية الدسوق : ٣٦٩/٣ .

لشدتها واستمرارها وتكررها فى أوقات غير مناسبة كأن تصدر بالليل فتمنع الناس من النوم .

وقد اعتبر القضاء الانجليزى الضوضاء والروائح الكريهة ، حتى أواخر القرن التاسع عشر ، من الأضرار التى يجب احتمالها والتجاوز عنها ، تحاشيا لفتح أبواب النزاع ، وخوفا من صعوبة تقدير التعويض عنها . ولكنه اتجه إلى الاعتراف بحق المتضرر فى استصدار حكم بمنعها فيما بعد هذا التاريخ[١] .

ز — المضارة بالاطلاع والتعدى على حق الخصوصية : نص فقهاء المالكية على حكم التعدى على هذا الحق فى مواطن عديدة . من ذلك ما ذكروه فى حكم إحداث غرفة يطلع منها على اسطوان جاره وأنه يمنع من ذلك . والاسطوان فى عرف المغاربة هو دهاليز الدار فى عرف المشارقة ، وإنما حكموا بالمنع لأن الاسطوان هو المكان الذى يجلس فيه أفراد الأسرة وخاصة النساء مع شىء من التخفف فى ملابسهن ، فيؤدى الاطلاع إلى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه ، حيث لا يأمنّ رؤية الجار لهن[٢] . ويمنع من اتخاذ مجلس أو حانوت قبالة باب الجار ، ويؤمر بالتنكيب قليلا عن هذا الباب . ومذهب ابن القاسم فى المدونة أن له اتخاذ مثل هذا المجلس أو الحانوت فى السكة النافذة . وهو رأى ابن وهب[٣] . وفى مختصر الواضحة أنه لا يمنع من البناء فى علو يشرف منه على دور الجيران ، إذا كان اطلاعه عليهم بسبب علو مكانه كالا يمنع من فتح النوافذ والكوى إذا كانت جميعها تطل على دور الجيران . أما إذا كانت الكوى تطل فى بعض المواضع ولا تطل فى البعض الآخر فيؤمر باتخاذها فى المواضع التى لا يطلع منها على دور الجيران ، توفيقا بين مصلحته وبين مصلحتهم[٤] . ويفرق بعضهم بهذا الاعتبار بين السكة النافذة وبين السكة غير النافذة[٥] .

ع — المضارة بتسرب المواد الخطرة إلى ملك الغير : إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز لأحد (أن يحدث على جاره ما يضره)[٦] فإنه لا تجوز حيازة المواد

---

(١) Digas and Markesinis on Tort, P. 2261 .

(٢) تبصرة الحكام : ٢/٣٦٥ .

(٣) تبصرة الحكام : ٢/٣٦٦ ، وحاشية الدسوقى : ٣/٣٦٩ .

(٤) تبصرة الحكام : ٢/٣٦٤ .

(٥) السابق : ٢/٣٦٦ .

(٦) السابق .

الخطرة التى قد تتسرب إلى أرض الجار وتضره إلا باتخاذ ما يلزم من العناية والتحوط لمنع مثل هذا الضرر . يوضحه ما جاء فى التبصرة فى تحامل الماء على الجسور ولم يكن الذى جسرها احتاط فيها فإنه يضمن . وكذا لو احتاط فى تجسيرها وأغفل تسريح المياه حتى انهدم الجسر أو بعضه وانتقلت المياه إلى أرض الجار وأتلفت شيئا من أمواله[1] . وقد اعترف القضاء الانجليزى بضمان تسرب الأشياء الضارة Escaping of dangerous things فى قضية .Rylands v - Flitcher (١٨٦٨) الشهيرة فى تاريخ هذا القانون .

وفى هذه القضية أراد المدعى عليه الذى كان يملك طاحونا أن يبنى مستودعا لتخزين المياه اللازمة لإدارة هذا الطاحون ، واستأجر خبراء لإنشاء هذا المستودع . واكتشف فيما بعد وجود فجوات مطمورة أسفل مكان إقامة المستودع ، تتصـل بأرض المدعى التى كانت منجما للفحم ، حيث تسربت المياه إليها ، وهو ما أدى إلى حدوث أضرار طائلة[2] . وقد تطور الحكم فى هذه القضية إلى القاعدة العامة التالية : إذا جمع شخص فى أرضه أية مواد لمصلحته هو مما يحتمل الإضرار بالغير إذا تسرب إلى عقاره فإن هذا الشخص يعد مسئولا عن الأضرار المباشرة التى يتسبب فيها فعله[3] . وأعتقد أن استنباط مثل هذه القاعدة من الأمثلة التى ذكرها الفقهاء فى انتقال الماء والنار إلى أراضى الجيران أمر لا يبعد عما ترشد إليه عباراتهم .

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٥٠/٢ .

(٢) Dias and Markesinis on Torts, P. 267. Also see Hepple and Mathews on Tort, P. 538 .

(٣) Dias and other on Torts, P. 267 .

المبحث الثالث : الأضرار العامة Public nuisances

٣٦٢ – تقديم : لا يجوز إحداث ما يؤذى جمهور الناس ويمنع انتفاعهم بالمرافق العامة كالطرقات والأنهار والترع . وتتنوع هذا الأضرار تنوعا يستعصى على الضبط . وأهم ما يميزها عن الأضرار الخاصة Private nuisance احتمال وقوعها لكل أحد من المنتفعين بهذه المرافق على حين تختص سابقتها بالجيران الأقارب أو الأباعد الذين يقطنون فى المنطقة التى نشأ منها الضرر . ويغلب وقوع الأضرار العامة فى التعديات على حقوق المارة فى الطرق وحقوق المنتفعين بالآبار العامة والأنهار وقد عقد البغدادى فصلا خاصا بهذا النوع من التعدى بعنوان : (فيما يحدث فى الطريق فيهلك به إنسان أو دابة ، وفيه مسائل الآبار والأنهار)[1] . وإنما شغل الفقهاء بتناول هذا التعدى بالتفصيل لتأثيره على انتفاع الجماهير بهذا المرفق الذى لا يستغنى عنه أحد ، ولا تستطيع الدولة إغضاء الطرف عن مثل هذا التعدى لأثره فى تعطيل مصالح الناس وفى تعريض سلامتهم للخطر . ولا يبعد لذلك أن يحكم القاضى بإيقاع العقوبات التعزيرية المتنوعة على الافتيات على حقوق العامة فى هذه المرافق ، حسب طبيعة هذا الافتيات ودرجته والمخاطر التى يؤدى إليها[2] .

٣٦٣ – ومن أمثلته ما لو وضع رجل (فى الطريق حجرا أو جذعا أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفا أو جناحا أو ميزابا أو ظلة فعطب بها إنسان كان ضامنا . فإن عثر بما أحدثه فى الطريق رجل

---

(١) مجمع الضمانات : ص ١٧٦ .

(٢) جاء فى التبصرة : ٣٤٧/٢ أن (من وضع سيفا بطريق أو غيره يريد قتل رجل فعطب به ذلك الرجل فقد قال ابن القاسم فى المجموعة يقتل به . فإن عطب به غيره فالدية على عاقلة الجاعل ، لأن الأول قصد إلى قتله ، بخلاف الثانى فإنه لم يرد قتله ، كمن رمى رجلا يريد قتله فأصابت الرمية غيره ، فإن حكمه حكم الخطأ والدية على عاقلته) . ويرشد هذا إلى جواز العقوبة مفردة أو مجتمعة مع الحكم بالضمان .

فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذى أحدثه فى الطريق ، وصار كأنه دفع الذى عثر به لأنه مدفوع فى هذه الحالة ، والمدفوع كالآلة ... ولو سقط الجناح أو الكنيف وأتلف إنسانا ، ثم عثر رجل بنقض الجناح ، ورجل بالقتيل ، فعطبا كان ضمان الكل على صاحب الجناح والكنيف . هذه فى آخر فصل الحائط المائل من قاضيخان . وفى الخلاصة : إخراج الجناح والجرصن والميزاب ، إن كان يضر بالمسلمين لا يسعه ، وإن كان لا يضر يسعه أن يفعل . وعليه ضمان ما عطب سواء أضر بالمسلمين أو لم يضر . ولو فعل بإذن الإمام لا يضمن)[1] .

وفى التبصرة أنه (إذا كان الجذار مائلا من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان . وإن كان بناه على الاستقامة ثم طرأ عليه الميل فأنذر صاحبه وأشهد عليه بذلك وأمكنه تداركه ولم يفعل فعليه ضمان ما تلف . وإن لم ينذر ففى الضمان خلاف . قال ابن القاسم : إن لم يشهد عليه لم يضمن وإن كان مخوفا . وقال أشهب إن بلغ إلى حالة لا يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه . والإشهاد لا يكون إلا من القاضى أو ممن له النظر فى ذلك . ولا ينفع إشهاد غير القاضى . أما نهى الناس وإشهادهم فليس بلازم إلا أن يكون ذلك فى بلد ليس به حاكم . فإن إشهاد الجيران والناس فى ذلك كاف . قال بعض القرويين : ينظر ، فإن كان رب الحائط مقرا بغرره نفع الإشهاد دون حاكم وإن كان منكرا فلا بد من التقدم إلى الحاكم)[2] . وفى تبيين الحقائق أن الإشهاد على الحائط المائل ليس شرطا لقيام الضمان وإنما هو شرط لإثبات سببه[3] .

٣٦٤ - شروط الضمان بالتعدى فى الطريق العام : يمنع المتعدى ويضمن ما تسبب فيه فعله من ضرر بالشروط التالية :

(أ) ألا يكون الفعل مأذونا فيه شرعا أو عرفا أو ممن له حق الإذن .

---

(١) مجمع الضمانات: ص ١٧٧ .

(٢) تبصرة الحكام : ٣٤٧/٢ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى : ٢٥٨/٥ ، وانظر : الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : ٨٢٨/٥ ، ٣٨/٦ .

ولذا لا يمنع من المرور فى الطريق ولا يضمن ما يتسبب فيه بالرش المعتاد للطريق تسكينا للغبار والأتربة ، وله أن يفرغ مدخله إلى داره من الثلوج فى البلاد التى تكثر فيه . ويحمل ما ذكره السرخسى فى إيجاب الضمان برش الطريق على ما ليس من قبيل المعتاد . وعبارته : (ولو رش الطريق أو توضأ فى الطريق فعطب بذلك الموضع إنسان فهو ضامن لأن ما أحدث فى الطريق من صب الماء يلحق الضرر بالمارة ويحول بينهم وبين المرور مخافة أن تزل أقدامهم)[1] . أما غسل السيارة أو إصلاحها أو إيقافها على الطريق العام فهو من التعدى الموجب للضمان . وليس لولى الأمر أن يخص أحدا من المسلمين بشىء من الطريق الخاص ، لأنه ملك للشركاء فيه ، (وليس للإمام ولاية النظر فى الملك الخاص لإنسان بتقديم غيره فيه ، بل هو فى ذلك كسائر الرعايا . وإنما يثبت له حق الأخذ من الملك عند تحقق الضرورة وخوف الهلاك على المسلمين بشرط العوض ، كما يكون لصاحب المخمصة ، فلهذا لم يعتبر إذن الإمام هنا)[2] .

وليس له كذلك أن يخص أحدا من المسلمين بشىء من الطريق العام إلا ما دعت إليه الضرورة أو الحاجة العامة التى تنزل منزلة الضرورة ، لأن القاعدة أن نظر الإمام على الرعية منوط بالمصلحة . وقد ذكر السرخسى أنه لا يجوز للإمام أن يعطى شيئا من الطريق العامة للمسلمين ، (ولا ينبغى للذى يعطَى أن يأخذ من ذلك شيئا ، لأن الحق فى ذلك الموضوع ثابت للمسلمين ، وللإمام ولاية استيفاء حقهم دون الإسقاط وإيثار غيرهم عليهم فى ذلك)[3] .

أما إذا كان الفعل مأذونا فيه ممن له حق الإذن بشرط عدم الإضرار بالمصالح العامة فلا ضمان تطبيقا للقاعدة الفقهية : الجواز الشرعى ينافى الضمان . وقد نصوا على أنه لو حفر بئرا فى طريق واسع لنفع المسلمين جاز إن كان بإذن الإمام[4] .

---

(١) المبسوط : ٧/٢٧ ، ٢٠٣/٢٣ .
(٢) السابق : ٢٠٣/٢٣ .
(٣) السابق : ٢٠٣/٢٣ .
(٤) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام : ٧٧ .

(ب) أن يكون الفعل مظنة إحداث الضرر ، فلو حفر بئرا بدون إذن الإمام فى طريق واسع لمصلحة المسلمين احتمل الضمان ، إذ البئر مظنة العطب[1] . أما بسط حصير فى المسجد وتعليق قنديل ونصب عمود وإقامة باب فلا ضمان لما تلف به إذا تم على وجهه الصحيح ، أذن الإمام أو متولى المسجد أو جيرانه أم لا[2] ، لندرة حدوث الضرر من مثل هذه الأفعال وتجردها للمصالح ولنفع المسلمين .

(جـ) اشتمال الفعل على معنى الإهمال أو التعدى . أما إذا كان الفعل مأذونا فيه بأصله ووصفه الذى تم به فلا ضمان . ولهذا فإنه يضمن ما ينشأ عن فعله من الضرر لو جلس فى مسجد للبيع والشراء ، لتعديه . وحكى بعض الحنابلة الجزم فى عدم الضمان بالجلوس فى جوانب الطرق الواسعة لبيع مأكول ونحوه ، (لامتناع الخلاف فى عدم جوازه . لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص ، فهو كالجلوس فى ملكه من غير فرق)[3] . أما الجلوس فى الطرق الضيقة التى لا تتسع لغير المرور فلا يجوز ويصير متعديا بفعله فيترتب عليه الضمان . ولم يجز أحمد ابن حنبل إخراج الأجنحة والساباطات والخشب والحجارة من الجدر إلى الطريق ، واعتبره من التعدى ، ولو أذن الإمام فيه ، لأنه لا حق له فى هذا الإذن ، ويترتب عليه الضمان[4] . وأما الميازيب ومسايل المياه فكذلك عند بعض الفقهاء . وعند بعض آخر احتمال الجواز مع انتفاء الضرر . واختاره طائفة من متأخرى الحنابلة[5] .

(د) ترتب الضرر على الفعل وعدم انقطاع النسبة بينهما : أما لو انقطعت نسبة الضرر إلى الفعل فلا ضمان . ولهذا لو وضع خشبة فى الطريق فنقلها آخر من مكانها إلى مكان غيره فعطب بها إنسان فالضمان على الذى نقلها لا على الذى وضعها . لكن لا يعد نقل الملكية بالبيع أو الهبة مما يقطع نسبة الفعل إلى نتيجته

---

(١) السابق .
(٢) السابق .
(٣) السابق : ص ٧٩ .
(٤) السابق .
(٥) السابق : ص ٨٠ .

فيما نص عليه الفقهاء . ولذا لو (وضع ساجة فى الطريق أو خشبة باعها من رجل وبرىء إليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها إنسان فالضمان على الذى وضعها لأنه كان متعديا فى وضعها ، فما بقيت فى ذلك المكان بقى حكم فعله . وكما أن انعدام ملكه فى الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها فى الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع)[١] . ولو أشرع جناحا من داره إلى الطريق ثم باع الدار فكذلك ، ويضمن ما تولد عنه من ضرر[٢] .

٣٦٥ – مقارنة : يقصد بالأضرار العامة Public nuisances فى القانون الانجليزى الافتيات على حقوق العامة فيما لهم أن يرتفقوا به . ويدل هذا الاصطلاح بصفة خاصة على التعدى فى الطرق العامة وإساءة الانتفاع بها Abuse of the highway . ويؤثر هذا النوع من التعسف على حقوق الكافة الذين يجوز لأى منهم أن يتقدم إلى القضاء لاستصدار حكم بمنعه وللتعويض عما أصابه من ضرر . وهو يفترق فى هذا عن التعديات الخاصة Private nuisances التى تصيب فردا بعينه أو عدة أشخاص . وقد اعتبرت المكالمة التليفونية التى أبلغت كذبا عن وجود متفجرات من قبيل التعديات الخاصة فى الحكم الصادر فى قضية R. v. Madden ، عام ١٩٧٥ ، على أساس أن عامل التليفون وثمانية من رجال الشرطة الذين تولوا البحث عن القنبلة هم الذين تأثروا بهذه المكالمة المزعجة[٣] .

ومن حق المتضرر أن يطالب بالضمان وجبر ما لحق به من ضرر ، سواء كان التعدى خاصا أو عاما . ولذا فإن من ينصب أى شىء يعوق المرور ويعرض سلامة المنتفعين بالطريق للخطر يعد متعديا على حقوق العامة ، لكنه يطالب بتعويض من لحق به الضرر على وجه الخصوص شريطة التعدى أو الإهمال . وفى قضية Noble v. Harrison سقط غصن شجرة مزروعة فى أرض المدعى عليه على سيارة المدعى أثناء قيادتها فى الطريق العام الذى أطل هذا الغصن عليه

---

(١) المبسوط للسرخسى : ٨/٢٧ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ١٧٧ .

(٣) Dias and Markesinis on Torts P. 255 .

فحكمت المحكمة عام ١٩٢٦ بأن مجرد تدلى الغصن إلى الطريق العام لا يعد من التعدى ، بحكم أنه لا يعوق المرور فى هذا الطريق ، وأن المدعى عليه ليس مسئولا عن الضرر ، برغم ما فى تدلى هذا الغصن من خطر ، لأن هذا التدلى لا ينسب إلى فعله ، كما أنه لم يكن على علم مطلقا بوجود هذا الغصن أو تدليه[1] . أما إذا نسب الضرر إلى فعل المدعى عليه فإنه يكون مسئولا ويضمن . ففى قضية Wringe v. Kohen (١٩٤٠) سقطت بعض أجزاء من مبنى للمدعى عليه لعدم العناية بإصلاح هذا المبنى فاستحق المدعى التعويض عما لحقه من ضرر لقيام التعدى ونسبة الضرر إلى فعل المدعى عليه .

وعلى السلطات العامة فى الشريعة أن تتعهد طرق المسلمين بالعناية والإصلاح ، وتأثم هذه السلطات إن خالفت هذا الواجب . وقد أحس عمر رضى الله عنه بهذا الواجب فى شكواه من كثرة مسئولياته وتنوعها حتى شملت ما يعرض لبغلة تعثرت فى طريقها بالعراق . ولم يعترف القانون العرفى الانجليزى بمسؤولية هيئة الطرق العامة عن عدم الفعل أو الترك Non-Feasance فانحصرت مسئوليتها فى الفعل السيء الإيجابى Misfeasance حتى صدور مرسوم ١٩٦١[2] الذى ألغى هذه التفرقة فأصبحت هذه الهيئة مسئولة عن كل من إهمال واجباتها فى صيانة الطرق وعما ترتكبه من أخطاء .

٣٦٦ – التلوث وحماية البيئة : استعمال الملك والانتفاع بحقوق الملكية مقيد فى الشريعة بعدم الإضرار بالأفراد أو الجمهور . وقد ناقش الفقهاء أحكام أنواع التعديات المعروفة فى عصورهم تحت عناوين متنوعة كأحكام شركة الملك ، وأحكام الجوار ، أحكام ما يحدث الناس فى الطرق . وحكموا عموما بوجوب المحافظة على البيئة الخاصة فيما يدل عليه نصهم على المنع من اتخاذ دكان حداد فى سوق البز ، كيلا يؤدى الدخان المنبعث من كير الحداد إلى إفساد بضاعة البزازين . وإذ حكموا بمنع طبخ ذى الروائح المؤذيه فإنهم أوجبوا على صاحب

---

(١) السابق : ص ٢٥٧ .

(٢) The Highways (Miscell an eous Provisions) Act 1961 .

الأرض الفضاء بين المساكن أن يعنى بنظافة هذه الأرض مما يضعه الناس فيها من مخلفات حتى لا ينبعث منها ما يؤذيهم . وقد شهد العصر الحديث زيادة كبيرة فى أنواع الأضرار العامة الناشئة من استعمال الناس لممتلكاتهم . من ذلك إنشاء المصانع فى المناطق المأهولة بما تنفثه من دخان وأتربة فى صدور القاطنين لهذه المناطق ، وما تخلفه من أضرار على الصحة العامة للإنسان والحيوان والنبات . ويكفى الالتفات إلى حوادث ناقلات البترول العملاقة وتأثيرها المدمر وإلى هذه النفايات الذرية لمعرفة أنواع الأضرار الحديثة الناشئة عن التصرف فى الملك فى هذا العصر والتى تختلف فى درجتها وطبيعتها عن تلك الأضرار التى منعها الفقهاء المسلمون فى عصورهم . ويجب العمل من باب أولى على منع هذه الأضرار الحديثة على الأسس الفقهية ذاتها الضابطة لأحكام التصرف فى الملك وبالنظر إلى القواعد الفقهية التالية :

- لا ضرر ولا ضرار .
- دفع الضرر مقدم على جلب المصلحة .
- يدفع الضرر قدر الإمكان .
- المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة .
- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

وإذ ثبت بيقين إضرار التلوث البيئى بحياة الإنسان وصحته وبممتلكاته فلا وجه للتردد فى تطبيق هذه القواعد الشرعية واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوقى هذه الأضرار ، وذلك من وجهين :

أولهما : سن التشريعات واللوائح المنظمة لاستخدام الممتلكات والأشياء التى تسبب التلوث ، ومنع إصدار التراخيص بإنشاء المصانع فى المناطق المأهولة (قارن هذا بمسألة المنع من إنشاء دكان حداد فى سوق البزازين) . ولا يخفى أن لولى الأمر الحق فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقائية ، فالقاعدة أنه مقيد فى نظره بمقتضيات المصلحة العامة .

والثانى : النص على اعتبار مظاهر معينة كالدخان أو الرائحة أو الأصوات المزعجة دليلا على الضرر ، وتخويل أى شخص ممن يحتمل إصابته بأضرار من هذه

المصادر الحق فى رفع دعوى الحسبة لمنع الضرر قبل وقوعه . وإذا كانت تكاليف التقاضى فى المحاكم الحديثة فوق طاقة أفراد كثيرين فمن الواجب أن يعهد إلى إدارة معينة فى الدولة بتلقى شكاوى الأفراد فى هذا الصدد ومتابعتها فى دور المحاكم لو اقتنعت هذه الإدارة بجدية الشكوى .

لقد جاء فى تبصرة الحكام أن المعيار هو (مراعاة الضرر . وقد تقدم عن المدونة أنه لا يجوز أن يحدث على جاره ما يضره . فاعتبر الضرر)[1] ويشمل الجار فى هذا السياق كل من يحتمل تأثره بالفعل الضار الذى يقوم به الشخص لتخريج أحكام هذه المضار الحديثة على أحكام الأضرار التى نص عليها الفقهاء المسلمون .

وتدل هذه الملاحظات العامة على مرونة نظرية التعنت أو التعسف فى الفقه الإسلامى وإمكان تصديها والاعتماد عليها لعلاج هذه الظواهر المدمرة لحياتنا الحديثة . وقد التفت عدد من القانونيين الإنجليز إلى إمكان الاستناد إلى التعسف أو Nuisance لمقاومة مشاكل التلوث وللعمل على الحفاظ على البيئة[2] .

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٦٦/٢ .

(٢) Dias and Markesinis on Torts, P. 262 .

القسم الثالث : **الواجب بالضمان**

٣٦٧ - تقديم : موضوع هذا القسم هو النظر فيما يوجبه الضمان من أحكام تتعلق بوجوب الدية والأروش المقدرة وغير المقدرة ،أو بوجوب رد العين المغصوبة أو مثلها وقيمتها ، وكالحكم بفعل مثل طم البئر وتسوية الشارع أو إزالة الميزاب وكالحكم بوجوب الامتناع عن فعل من الأفعال مثل عدم إلقاء التراب فى ملك الغير ، وما إلى ذلك من أحكام تتعلق بالتعدى وتنشأ عنه . وتشترك هذه الأحكام جميعها فى أن القصد منها هو رفع الضرر وإزالته .

ويتألف هذا القسم من فصلين :

أولهما : جوابر الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية والعرض والسمعة .

والثانى : جوابر الأضرار المالية والخاصة .

وأناقش أحكام كل منهما فيما يلى على الترتيب السابق نفسه .

الفصل الأول : جوابر الأضرار البدنية

المبحث الأول : مفهوم التعويض

٣٦٨- أنواع الجوابر : يعنى الحكم بالضمان على شخص لتعديه الحكم . بمسئوليته عن الضرر الواقع بغيره . ويترتب على قيام مسئوليته عن هذا الضرر وجوب العمل بوجه عام على منع الاستمرار فيه وجبره بالتعويض عنه أو بغير ذلك من الجوابر التى تناولها الفقهاء على نحو مشتت فى مواطن متفرقة يفتقر إلى الترتيب المنطقى والوضوح . ومن الواجب جمع هذه الجوابر فى سياق واحد لتحديدها وبيان أحكامها ، وهو الهدف من هذا الفصل . وإجمال هذه الجوابر بالنظر إلى الأضرار فى نوعين :

أولهما : الجوابر لمافات من النفس والأطراف والمنافع الراجعة إليهما . ويشمل هذا النوع من الجوابر ما اصطلح عليه فى الفقه الإسلامى بعنوان الديات والأروش المقدرة والأروش غير المقدرة (حكومة عدل) .

والثانى : الجوابر لما فات من الأموال بغصبها أو بإتلافها أو إتلاف منافعها . وتشمل هذه الجوابر الأخيرة كلا من النوعين التاليين :

(أ) الجوابر النقدية : كوجوب القيمة .

(ب) الجوابر العينية : كوجوب رد عين الشىء أو مثله فى الغصب والاستيلاء على أموال الغير بغير حق .

والثالث : الجوابرالخاصة ، وتشمل الحكم بلزوم فعل Mandatory injunction أو المنع من فعل Prohibitory Orders أو بمجرد الحكم التفسيرى declaratory judgement .

٣٦٩ - التقدير : تشمل طرق تقدير التعويض فيما يستخلص مما ذكره الفقهاء الأنواع التالية :

١ – التقدير الاتفاق : بين المخطيء أو الضامن وبين المتضرر .
٢ – التقدير القضائى : الذى يستند إلى اجتهاد القاضى ورأيه .
٣ – التقدير الشرعى : الذى سنه الشارع .

وإجمال الأسس التى تضبط هذه التقديرات جميعها فيما يلى :

(أ) لا يقصد بجبر الضرر إثراء المتضرر ولا إعانته على ظروف المعيشة ولا التبرع له ، وإنما يقصد به على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التى كان عليها قبل حدوث الضرر ، كلما كان ذلك ممكنا .

(ب) يعوض عن الضرر المباشر الذى ينسب إلى فعل الضامن . أما الأضرار غير المباشرة التى لا تنسب إلى فعل المتعدى فلا يكلف بجبرها .

(ج) يقدر التعويض بقدر هذا الضرر بلا زيادة أو نقصان ، وإلا كان أكلا لمال الناس بالباطل إلا فى الأحوال التى يغلظ التعويض فيها للتشديد على المعتدى وزجره عن عدوانه .

(د) تنقسم الجوابر إلى قسمين : **أولهما** : الجوابر المخففة ، وهى التى تقاس بمقدار الضرر . **والثانى** : الجوابر المغلظة ، وهى التى تدل على إرادة الشارع إظهار الحدب على المتضرر وإعلان النفور من سلوك المدعى عليه . ويرشد وجود دية مخففة فى الخطأ وأخرى مغلظة فى شبه العمد وتضعيف الغرم على من يأخذ مال الغير ويتصرف فيه لإثراء نفسه بهذا التصرف إلى اعتراف الفقهاء بهذا التقسيم لأنواع الجوابر . ولعل الهدف من تغليظ الواجب هو زجر المعتدى وغيره عن ارتكاب مثل هذا العدوان . وتتلامس الخطوط الفاصلة بين الضمان والعقوبة فى هذه الأحوال التى يمكن أجمالها فيما يلى :

الأول : القتل شبه العمد . ووجه التغليظ فيما يوجبه هذا القتل ارتفاع أسنان الإبل الواجبة فى ديته . وقد روى عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ ، قتيل السوط والعصا ، مائة من الإبل ، منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها »[1] . وفى المعنى نفسه روى عمرو بن شعيب أن رجلا

---

(١) انظر هذا الحديث وتخريجه فى نيل الأوطار : ١٦٧/٧ .

يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية : ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة . ومع تغليظ دية شبه العمد فإن العاقلة هى التى تتولى الوفاء بها . ولا تعليل له بارتفاع قيمتها فإن هذا المعنى لم يمنع من إيجابها فى مال القاتل عمدا ، وإنما يعلل بمجموع ارتفاع قيمتها وحرص الشارع على تعويض أولياء المقتول ، ولأن فى فرض الدية عليه استئصالا للقاتل وإجحافا به ، (وكل أحد لا يأمن على نفسه بأن يبتلى بمثله ، وعند ذلك يحتاج إلى إعانة غيره فينبغى أن يعين من ابتلى ليعينه غيره إذا ابتلى بمثله ، كما هو العادة بين الناس فى التعاون والتوادد . فهذه صورة أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط شهداء لله متعاونين على البر والتقوى . وبه أمر الله تعالى الأمة)[1] . والدية الواجبة عند امتناع القصاص فى القتل العمد دية مغلظة هى الأخرى .

ومع أن دية الخطأ ليست مغلظة هذا التغليظ فإنها تتضمن نوعا من التشديد فى مقدارها . فألف دينار بأسعار عصر النبوة والخلافة الراشدة ، وهو ما يعادل مائة من الإبل ومائتين من البقر وألفين من الغنم ، ثروة تغنى أسرة كاملة ، ولعلها تزيد فى أكثر الأحوال عن مقدار الضرر المادى الذى لحق بأفراد هذه الأسرة ، حتى ولو كان المصاب عائلا لهم .

الثانى : أخذ مال الغير مما يصعب وضعه فى حرز أو حراسته طول الوقت ؛ فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق فقال : من أصاب منه بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه . ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة . ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع) . وفى رواية قال (سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التى توجد فى مراتعها ، قال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال . وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن . قال يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها فى أكمامها ، قال من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال ،

---

(١) المبسوط : ١٢٥/٢٧ .

وما أخذ من أجزائه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن)[1] .

وبهذا فإن الجوابر المغلظة لا تنحصر فى الإصابات البدنية وإنما تتعدى ذلك إلى الأموال فى الظروف التى تقتضى التشديد ، كأن يريد الجانى إثراء نفسه عن طريق الإضرار بغيره . والذى يخلص من هذا كله أن بوسع القاضى أن يحكم بتغليظ التعويض وزيادته عن الضرر فى الأضرار المالية والإصابات البدنية إذا أراد الزجر عن العدوان فى الأحوال التى تقتضى هذا الزجر .

٣٧٠ — مفهوم جبر الضرر : قصد الشارع إلى تغليظ الواجب لزجر المعتدى فى أحوال معينة يجوز القياس عليها بشروطه حسبما تقدم . أما فى غير هذه الأحوال فإن قصد الشارع من الضمان وتحديد المسئولية هو العمل على جبر الضرر بحمله على المعتدى . ومع أن كلمة (جبر) هذه التى استعملها الفقهاء فى إشارتهم إلى مقصود الشارع من الضمان كلمة موحية ودقيقة فى الاستعمال الحسى فإنها تكتسب نوعا من الغموض بإضافتها إلى الضرر ، نظرا لتعدد أنواعها وكثرتها واختلاف السياقات التى يجرى فيها ، وهى لهذا بحاجة إلى بيان يوضح كيفيات جبر الأضرار المختلفة ومقاصد الشارع من هذا الجبر .

٣٧١ — الجبر الكامل : المقصد من إثبات الحقوق المالية أو التعويض للمتضرر هو جبر الضرر كله بحيث تحمل نتائج التعدى على فاعله . وتتنوع جوانب الضرر على نحو يشمل الأضرار المالية والبدنية والأدبية ، كما أنها تختلف فيما بينها فى يسر تقويم بعض هذه الأضرار وتعذر تقويم بعضها الآخر كالإصابات البدنية أو الأدبية ، وهو ما يجعل وضع هدف الجبر الكامل لجميع الأضرار موضع التطبيق العملى أمرا فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية والجهود البشرية . إذ كيف يتسنى لقاض أو خبير أو عدد منهم أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التى تسبب فيها أحد المعتدين على أموال المتضرر أو حقوقه الأخرى ، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله وإخفاقه أو نجاحه فى هذا العمل . ثم كيف يمكن جبر يد قطعت أو شلت أونفس أزهقت ؟ ألا يعد هذا

---

(١) تخريج هذه الأحاديث فى نيل الأوطار : ٣٠١/٧ وما بعدها .

ضربا من التعلق بالخيال ؟ وأجد لهذا أن ما يعلنه التفكير القانونى الحديث عن القصد بالتعويض إلى محو آثار العدوان كلية ، ورفع الضرر بالكامل والعودة بالمتضرر إلى الحالة التى كانت عليها قبل حدوث الضرر ، أمر غير مقبول على إطلاقه .

٣٧٢ – ويجب لهذا إحلال القصد إلى الجبر التقريبى محل القصد إلى الجبر الكامل نظرا لصعوبة تقدير الأضرار المتنوعة فى السياقات المختلفة باختلاف الأشخاص والظروف العامة . وعلى الرغم من الوعى بصعوبات التقدير والتقويم للأضرار Assessability فى التفكير القانونى الحديث فقد اتجه هذا التفكير إلى تعقب بنود الأضرار المحتملة وعمل على إبرازها والتعويض عنها على نحو يتسم بالتحكم والذاتية ، وهو ما يؤدى إلى قلة التعويضات التى تقضى بها المحاكم فى أكثر الأحايين وإلى المغالاة فيها وزيادتها فى أحيان قليلة ، وخاصة بالنسبة لما يتعلق من الأضرار بنجوم المجتمع وأصحاب الجاه فيه . وأدى هذا الأسلوب إلى أن صارت أحكام الضمان أسلوبا مستقلا لفرض سوء توزيع الثروات حسبما يتضح فيما بعد . لقد هدف القانون الإنجليزى إلى التعويض عن الجروح injuries ونفقات علاجها ، وهى أضرار يمكن تقديرها على نحو تقريبى ، لكنه سعى إلى التعويض عن المكاسب الفائتة المتوقعة والواقعة ، وعن النقص المتوقع فى عمر المصاب Reduction of expectation of life حتى لتقدر إحدى المحاكم النقص الذى تسببت فيه الإصابة فى عمر المضرور بثلاثين عاما قضت بتعويضه عنها[1] . ولا جدال فى أن الأعمار بيد الله عز وجل فيما هو ثابت يقينا وحسا ومشاهدة . ويعمل القضاء الإنجليزى كذلك على التعويض عن فقد الطاقات والقدرات Loss of amenities وعن الحرمان Bereavement وفقد العائل وعن الآلام و Pain and suffering . وليس هناك أسلوب علمى يستند إلى أ من الموضوعية فى تقويم هذه الأضرار . وعلى سبيل المثال فإن حس المصاب بالشلل بالتعدى عليه على أساس النظر إلى العمر المفترض ظروفه ، وحساب ما كان يكسبه فى الفترة الباقية له من هذا

---

(١) انظر قضية Oliver V. Ashman (١٩٦٢) .

تكلفة نفقاته الخاصة فى الذهاب للعمل وغير ذلك أمر ينطوى على قدر غير قليل من التحكم .

ولعل الدافع إلى إفراد هذه الأضرار بتعويضات خاصة هو الحرص على تحقيق العدالة وحمل نتائج التعدى على المتسبب فيه . لكن هذه النية المفعمة بالخير قد انتهت إلى نتائج معاكسة فيما يبدو .

٣٧٣ – الأسس العامة للتعويضات : يجب الاتفاق على الأسس التى يقوم عليها النظر إلى الأنظمة المختلفة للتعويضات حتى يمكن قياس نجاحها أو إخفاقها والمقارنة بينها وفق معايير موضوعية . وأهم هذه الأسس فيما يبدو لى فى الأمور التالية : .

١ – يسر تقدير التعويض منعا لطول إجراءات التقاضى بشأنه وخفضا لتكلفته وتقليلا للوقت والمجهود الذى ينفق فى الوصول إلى ما يتصوره المرء حقا له . ويفضل العاقل التنازل عن بعض حقه نظير سرعة الحصول عليه . ومن الواجب الموازنة بين مقتضيات العدالة المطلقة وبين ما تتكلفه من إجراءات وجهد .

٢ – الاطراد بحيث لا يختلف التعويض المحكوم به فى الأحوال والظروف المتماثلة . وقد ترجع أسباب الاختلاف فى التعويضات إلى اجتهادات القضاة وإلى ظروف التطبيق والتقدير ، مع ذلك فإن المبادىء القانونية الواضحة فى تقدير التعويض تعين على تحقيق هذا الاطراد .

٣ – المساواة بين المواطنين فى تعويضاتهم عن الأضرار المتماثلة وألا يفرق بين مستحقاتهم التى يتقاضونها على أسس لا تقرها القواعد العامة للمسئولية . فمن غير المقبول على سبيل المثال أن يتقاضى أحد المزارعين عن كسر أصبعه قدرا من المال لا يبلغ معشار ما يتقاضاه أحد رجال الأعمال فيما لو أصيب هو الآخر بكسر أصبعه ، لأن العبرة بالضرر لا بالمستويات الاجتماعية أو القدرة المالية على الكسب .

٤ – التوقع Perdictgability إلى الحد الذى يستطيع أطراف التقاضى التعرف ، ولو بوجه التقريب ، على ما سيحكم به من تعويضات .

٥ – التفريق بين إلقاء المسئولية وتعيين المتسبب فى الضرر وبين تحمل ما توجبه وتقدير هذا الواجب . ولا مانع لهذا من قيام القاضى بتحديد المسئولية أولا وترك أمر تقدير الضرر الواجب التعويض إلى مرحلة لا حقة فى التقاضى . وهذا هو الهدف من فكرة التعويض المؤقت .

وأجد أن تطبيق هذه المعايير على مفهوم الجبر أو التعويض فى الاصطلاح الحادث يدل على تنوع جوانب هذا المفهوم ودقة تكوينه لدى الفقهاء . ولعل هذا مردود إلى وضوح قاعدة المثلية بين الضرر وبين جابره فى نصوص الشريعة ، وإلى تقدير الواجب فى كثير من الإصابات أو الأضرار التى لم يشأ الشارع ترك تقديرها إلى القاضى ، تجنبا للصعوبات العملية التى تواجه القاضى فى هذا التقدير ، واحترازا عما تؤدى إليه هذه الصعوبات من مشاكل : طول أمد التقاضى ، وارتفاع تكلفته ، وتفاقم النزاعات وتكاثرها ، والإحباط الذى يستشعره المصاب . وليس من قبيل الرغبة فى التبرير هذا الإعلاء لمسلك الشريعة الإسلامية فى تقدير الديات وعدد من الأروش . وأعتقد أن إقدام السلطات التشريعية الوضعية على تقدير الواجب فى الأضرار البدنية المنضبطة أولى من ترك هذا الأمر لفرد من الأفراد .

٣٤٨ – المثلية : توجب النصوص الشرعية مبدأ المثلية بين الضرر وبين ما يجبره . قال تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ ، وإنما سميت العقوبة أو الجزاء سيئة على سبيل المشاكلة وتذكيرا للمعتدى بوجوب الكف عن العدوان ، فإن الواجب به سيسوء هذا المعتدى ويؤذيه كذلك . ومما يؤكد مبدأ المماثلة قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ . ويعين على تفسيره قول الزيلعى : (وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع . وسمى الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازا لا حقيقة ، لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة)[1] ولا تعديا .

---

(١) التبيين : ٢٢٣/٥ .

ويتضح الاستناد إلى قاعدة المثل فى تقدير الواجب بالضمان بمراعاة مسلك الشارع فى الإلزام برد المثل أو القيمة أو أجرة المثل فى التعدى على الأموال . لكن لما كان الاستناد إلى مبدأ المثل فى ضمان الإصابات البدنية أمراً متعذرا لعدم تقوم الضرر بالنقود فى طبيعته وجوهره، فقد فرض الشارع مقادير معينة اعتبرها بعض الفقهاء محققه لما أسموه (المماثلة الحكمية) . وسيرد تفصيله فيما يلى .

المبحث الثانى : أنواع الجوابر

٣٤٩ – البدائل والاحتمالات : إذا كان الهدف من فرض الضمان هو جبر الضرر ورفعه بالتعبير الفقهى أو العودة بالمتضرر إلى حالته السابقة قبل وقوع الضرر عليه فإن تحقيق هذا الهدف فى التعديات البدنية أمر متعذر ، لاستحالة تقوم هذه الأضرار من جهة نظرا لطبيعتها الخاصة ، ولاستقرار هذه الأضرار واستمرار المعاناة منها فى أحوال كثيرة من جهة أخرى . أما فى الأضرار المالية فالأمر أيسر بكثير ، حيث يوجب إتلاف سيارة حديثة بها مذياع ومكيف ولونها أحمر إحلال سيارة أخرى مماثلة حتى ينسى صاحب السيارة التالفة ما حدث له فى هذا الخصوص ويستأنف نشاطه وعمله وتمتعه بهذه السيارة الجديدة . لكن قطع يد أو رجل أو الإصابة بعاهة مستديمة من الأمور التى لا يمكن رفعها ولن يعود المتضرر إلى سابق عهده قبل حدوث هذه الإصابة له . لكن صعوبة التقدير والمماثلة بين الضرر والضمان لا تعنى وجوب ترك المتضرر يعانى مصيبته وحده ويندب حظه العاثر ، وأوجبت قواعد المسئولية إلقاء الضرر على المتعدى أو إشراكه فى تحمله ، ولذا اتجهت المذاهب القانونية إلى استكشاف البدائل أو الاحتمالات المتنوعة الكفيله برفع الضرر إلى أقصى حد ممكن والعودة بالمتضرر إلى أقرب وضع لحالته السابقة على حدوث الضرر .

٣٥٠ – الجوابر المقدرة : ظهر الاتجاه فى البحث عن حل لهذه المشكلة إلى تقدير تعويضات محددة لكل ضرر من الأضرار ، فلكل جرح من الجروح أو عضو من الأعضاء أو أية إصابة أخرى أرش مقدر Rate لايختلف باختلاف الأشخاص . ولا يرى كثير من القانونيين فى هذا التقدير خيرا كثيرا ، ويعتبرونه مخالفا لطبيعة التعويض فى الضمان ، فمن الواجب أن يتسم التعويض بالمرونة فى الاستجابة لمتطلبات المتضرر واحتياجاته ومعاناته الخاصة بدلا من وضع هذه الاحتياجات فى قوالب جامدة لا تناسب اختلاف الظروف وتنوع الأحوال[1] ولا تنافى فى المعقول بين التقدير وبين تحقيق الاستجابة للظروف حيث تنصرف التقديرات

---

(١) Dias and Markė sinis on Tort Law P. 392.

إلى الأضرار المتماثلة مع إضافة غيرها من الجوابر غير المقدرة لرفع الأضرار المختلفة . وقد اتجه القانون الإنجليزى إلى الاعتراف مؤخرا ببعض التعويضات المقدرة ، إذ ينص قانون Administration of Justice Act الصادر عام ١٩٨٢ على تقدير التعويض عن الشعور بالحرمان لفقد أحد الأقارب Claim of bereavement بثلاثة آلاف وخمسمائة جنيه استرليني . وفى رأى أحد القضاة الإنجليز أن الشعور بالفقد والحرمان بالوفاة أمر لا يمكن التعويض عنه ، وأية محاولة لمقابلة هذا الشعور بالمال ليست إلا إهانة لمن يعاينه ، سواء كان مقدار التعويض عشرة جنيهات أو عشرة ملايين . ويعترف هذا القاضى بأن الغالبية لا تؤيد رأيه بدليل إقرارها لهذا القانون السابق الذكر . ومع ذلك فإنه يرى أن تقدير المشرع للتعويض عن هذا الضرر bereavement أولى من إلقاء العبء على المحكمة لتقدير الواجب فى التعويض عن الفقد لكل شخص على حدة[1] .

٣٥١ – النظر إلى الكسب الضائع فى حساب قيمة التعويض : يغلب على النظم القانونية الحديثة الاتجاه إلى حساب التعويض على أساس معدلات الكسب السابقة على الإصابة وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه ولأفراد أسرته لو لم تقع له هذه الإصابة . ويعنى ذلك أن التاجر الذى يصاب وهو فى سن الخمسين بإصابة تمنعه عن العمل وتلزمه الدار سيأخذ تعويضا يقدر على أساس أرباحه السابقة من عمله ، فإذا كان يكسب مائة قبل الإصابة أعطى نسبة كبيرة منها . ويختلف ما يستحقه ضمانا إذا كان ربحه أكثر من مائة أو أقل منها . ويقدر الواجب فى مقدار مقطوع lump sum على أساس ضرب مقدار هذا الربح فى عدد السنوات التى يتوقع لمثله الاستمرار فى مثل هذا العمل .

ويتجه على هذا المعيار فى تقدير الواجب فى الضمان عدد من الملاحظات التى أجملها فيما يلى : .

---

(١) السابق : ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٢) السابق : ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(أ) يترتب على حساب التعويضات بهذا الأسلوب إهدار معنى المساواة فى التعويضات عن الأضرار المتماثلة ، فإذا شل تاجران نتيجة الإصابة وكان ربح أحدهما لا يتجاوز مائة جنيه فى الشهر على حين يصل ربح الآخر إلى ألف فإن هذا الآخر سيحصل على أضعاف ما يحصل عليه التاجر الأول . وليس هذا إلا تكريسا للأوضاع الحالية التى تفرض سوء توزيع الثروات[1] . وينبغى ألا يكون تكريس هذه الأوضاع السيئة من الأهداف التى يعمل لها قانون الضمان . ويرد البعض بأنه لا قيمة لهذا النقد طالما استمرت السياسات السائدة فى توزيع الثروات وأن قانون الضمان ليس إلا أداة للحفاظ على الأوضاع القائمة فى المجتمع ، ولا يمكن اعتباره عاملا من عوامل التغيير فى هذه الأوضاع بحكم أن الهدف منه هو رفع الضرر الذى يتفاوت بتفاوت الأفراد وظروف إصاباتهم[2] . ولا تسوغ هذه الردود هذا الأساس العام للتعويض الذى يؤدى إلى زيادة غنى الغنى وفقر الفقير .

وقد أخذت نظم التأمينات الاجتماعية فى عدد من البلاد الغربية كانجلترا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية واستراليا ونيوزيلنده بحساب التعويض على هذا الأساس نفسه ، مما أدى إلى أن يأخذ الغنى أضعاف ما يأخذه الفقير فى الإصابات المتماثلة على الرغم من تحملهما الأعباء المالية لهذا النظام بطريقة متكافئة .

(ب) ومن جهة أخرى فإن التعويض عن الكسب الفائت يشجع المصابين وأقرباءهم على التبطل . فالزوجة التى أخذت نسبة كبيرة مما كان يكسبه زوجها قد لا تفكر فى العمل ولو كانت صغيرة . وكذلك المصاب نفسه أو أحد أقربائه من الذكور . بخلاف ما لو عوض عن الإصابة بمقدار مقطوع فإن الأغلب أن يعود إلى عمله لدى استطاعته ذلك[3] .

(ج) ويثير تطبيق هذا النظام فى سياق الحياة الغربية مشكلة على قدر من الأهمية ، هى تعدد ما يأخذه المتضرر فى الجملة من نظام الضمان ونظام التأمينات الاجتماعية ونظام المعاشات وشركات التأمين . ويتضمن ذلك تعويض

---

(١) السابق : ص ٣٩٣ .

(٢) السابق .

(٣) السابق .

المصاب من أكثر من جهة للإصابة نفسها . وقد أدى ذلك إلى اتجاه القضاء الإنجليزى فى حساب التعويضات إلى تخفيضها بإنقاص الفترة المتوقعة لعمل المصاب .

(د) ومن جهة أخرى فإن التضخم النقدى يؤثر على قيمة التعويض الذى يستحقه المتضرر مما لا يدخل فى تقدير القضاة عند حسابهم لهذه القيمة . وهناك مع ذلك عدد من الاحتمالات الأخرى المتعلقة بكسب المصاب ، كإيجابيته وسلبيته وظروفه الشخصية والنفسية فى المستقبل ، وكحركة السوق . ولا يمكن لأى قاض أن يتنبأ بتأثير هذه الظروف على معدل الكسب المتوقع لهذا المصاب . ولذا فإن هذا المعيار فى التقدير لا يستند إلى منطق أو عدل ، خاصة إذا اعتبرناه المعيار الأساسى أو المطلق لحساب قيمة التعويض .

٣٥٢ – معايير تقدير التعويض فى الشريعة : استند التقدير الشرعى للتعويض عن الإصابات البدنية إلى هذين المعيارين :

أولهما : تقدير الواجب فى الأضرار النمطية Average models كقطع الأذن أو اليد أو الرجل ، وكذهاب منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته مثل أحوال الإصابة بالشلل ، وكالواجب فى إزهاق النفس ، مما يناقشه الفقهاء تحت عنوانى الديات والأروش المقدرة .

والثانى : ترك التقدير فى الأضرار المتفاوتة التى لا يمكن درجها فى إطار منتظم متكرر . ومن أمثلة هذا النوع من الأضرار الألم والجروح التى لا يمكن قياسها ولا تخضع للضبط . وهذه هى الأروش غير المقدرة التى ترك الشارع تقديرها لما أطلق عليه الفقهاء : حكومة العدل .

وتستحق هذه المزاوجة بين معيارى التقدير فى الأضرار النمطية والإطلاق فى الأضرار المتفاوتة الالتفات إلى فوائدها العملية المتعلقة بخفض تكلفة التقاضى وسرعته وحصول المتضرر على حقه دون عناء . ولا يمتنع الجمع بينهما عند حساب الواجب فى الضمان لتعدد أسباب الوجوب ، فلو أصيبت يد أحد بالشلل نتيجة عدوان ، وأنفق فى علاجها الكثير وعانى آلاما مبرحة ، أفلا يجوز للقاضى أن يجبر هذه الأضرار بالإضافة إلى الواجب فى شلل اليد وهو نصف

الدية ؟ أجد أن التعويض عما تحمله من نفقات معقولة فى العلاج مما تسوغه قواعد المسئولية فى الشريعة ، ويدخل فى باب إتلاف مال الغير فى بالتسبب . أما أرش الألم فقد ذهب إلى مشروعيته بعض الفقهاء طبقا لما سبق ذكره . ولم يشر هؤلاء الفقهاء إلى اشتراط تفرد هذا الأرش بالوجوب . مما يدل على جواز جمع أرش الألم مع غيره من الأروش الواجبة بسبب آخر ومع التعويضات عن تلف الأموال . وفيما يلى بيان أنواع الأروش المقدرة وغير المقدرة والإصابات التى توجبها .

الفرع الأول : الدية

٣٥٣ – هى فى اللغة مصدر ودى القاتل يديه من الأداء وهو إعطاء الولى المال بدل النفس . وإنما اشتقت من الأداء فيما يذكر السرخسى لأنها (مال مؤدى فى مقابلة متلف ليس بمال ، وهو النفس . والأرش الواجب فى الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضا ، وكذلك القيمة الواجبة فى سائر المتلفات ، إلا أن الدية اسم خاص فى بدل النفس ، لأن أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق فى جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف)[١] . وهى فى الاصطلاح عند بعض الحنفية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه[٢] . ولا يخرج تعريفها فى سائر المذاهب عن هذا المعنى[٣] .

وتسمى الدية عقلا (لأنهم كانوا اعتادوا ذلك من الإبل ، فكانوا يأتون بالإبل ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها . فتصبح أولياء المقتول والإبل معقولة فى فنائهم ، فلهذا سموه عقلا)[٤] . ويفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرش ، من بينهم السرخسى وابن عابدين ، حيث تنصرف الدية عند هؤلاء إلى الواجب فى بدل النفس ، على حين يختص الأرش بالواجب فيما دونها ، والجمهور على إطلاق الأرش على الواجب فى النفس كذلك . ويطلق الأرش فى اللغة على الخدش والخمش وهو الجرح وعلى الدية وعلى طلبها وعلى عوض مانقص من الثوب بتعييبه وعلى الخصومة .

---

(١) المبسوط للسرخسى : ٥٩/٢٦ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٣٠١/٨ .

(٣) انظر بدائع الصنائع : ٢٥٢/٧ ، وحاشية الدسوقى : ٢٦٦/٤ ، وحاشية الجمل : ٥٨/٥ ، ونهاية المحتاج ٢٩٩/٧ .

(٤) المبسوط : ٥٩/٢٦ .

وتتضمن الدية معنى التعويض لأنها مال خاص بالمجنى عليه ، فيجوز له العفو عنها أو عن بعض أجزائها ، ولا تؤول إلى بيت المال إن كان له وارث ولا يتحملها الجانى وحده ، وهى بهذا تختلف عن الغرامات فى مفهومها القانونى . ومن جهة أخرى فإن فى الدية معنى العقوبة لجواز إيجابها فى مال الجانى أحيانا ولأنها وجبت جزاء على جناية .

٣٨٠ – أصناف الدية : ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعى فى قوله القديم إلى وجوب الدية فى صنف واحد من أجناس الإبل والذهب والفضة . ويرى الشافعى أن الأصل فى الدية هو الإبل فلا يعدل عنها إلى قيمتها إلا بالتراضى بين طرفى الإيفاء والاستيفاء أو لارتفاع ثمن الموجود منها عن ثمن المثل[1] . ومذهب أبى يوسف ومحمد أن الدية واجبة فى أحد ستة أصناف : الإبل والبقر والغنم والذهب والفضة والحلل . ويرى الحنابلة وجوبها فى خمسة أصناف : الإبل والبقر والذهب والفضة والغنم . ومعنى اعتبار هذه الأجناس أصولا أن الخيار بينها لمن وجبت عليه ، ويجبر المستحق على قبول أى منها . أما إذا اعتبرت الإبل وحدها هى الأصل فإنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا برضا المستحق أو لعذر يسوغ هذا العدول كندرة الإبل أو وجودها بأكثر من ثمن المثل .

وقد استند الشافعية فى كون الإبل هى الأصل إلى دليلين : أولهما ما رواه أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتابا إلى أهل اليمن فيه أن النفس مائة من الإبل ، فإن كانت الدية فى عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثا : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة . وفى هذا المعنى روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » . والثانى أن التغليظ للدية إنما ورد فى الإبل على وجه الخصوص فلا يعدل عنها إلى غيرها إلا لسبب يبرره حتى يمكن احتساب قيمة

---

(١) المهذب : ١٩٦/٢ .
(٢) المبدع : ٣٤٥/٨ .

التغليظ وأداؤها . ويترتب على هذا المذهب أنه إذا عدل عن الإبل لسبب يسوغه وجبت قيمتها بالغة ما بلغت ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله عنه فقام عمر خطيبا فقال ألا إن الإبل قد غلت ، قال : فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة[1] . وقد روى الزهرى فى هذا المعنى أنه كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية ، ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفا ، ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين ، فما زالت تعلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وفى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الإبل قيمتها أربعة آلاف درهم أو أربعمائة دينار .

٣٨١ - ويستند مذهب أبى حنيفة ومالك فى تقويم الدية بالإبل والذهب والفضة إلى مسلك عمر فى تقويمها بهذه الأموال ، وهو ما يتأيد بإجماع الصحابة لعدم إنكار أحد منهم عليه . فعن عبيدة السلمانى أن عمر بن الخطاب لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم[2] . وفى روايات أخرى أن عمر كان يأخذ من أهل البقر مائتين ومن أهل الغنم ألفى شاة ومن أهل الحلل مائتى حلة ، وهو الذى استند إليه أبو يوسف ومحمد وجمهور الحنابلة . وقد روى جابر أن النبى ﷺ فرض على أهل الدية مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة[3] .

ويذهب الأحناف إلى تقدير قيمة الدية من الدارهم بعشرة آلاف على حين

---

(١) المهذب : ١٩٧/٢ .
(٢) المبسوط : ٧٥/٢٦ .
(٣) رواه أبو داود .

يذهب المالكية والشافعية والحنابلة[1] إلى تقديرها من الدراهم باثنى عشر ألفا . ومبنى هذا الاختلاف هو النظر إلى سعر صرف الدراهم بالدنانير زمن النبوة . وتدل شواهد عديدة ، أوضحها نصاب الدنانير فى الزكاة (عشرون) ونصاب الدراهم(مائتان) على أن سعر صرف الدينار فى هذا الزمان هو عشرة دراهم ، مما يدل على رجحان مذهب الأحناف فى التقدير .

٣٨٢ – والذى يفيده الخلاف فى أصناف الدية بالنظر إلى الواقع العملى ، المعاصر أن لأولياء الأمر ، الذين يستجمعون شرط الاجتهاد الجزئى فى الأقل ، أن يختاروا الإبل أو البقر أو الغنم أو الذهب أو الفضة فى تقدير قيمة الدية . وإنما جاز اختيار أى منها على الأسس التالية :

(أ) اجتهاد ولى الأمر فى الأمور الاختلافية يرفع الاختلاف .

(ب) هذه الأصناف الخمسة قبلها كثير من الفقهاء فى تقدير الدية .

(جـ) صلاحية هذه الأصناف الخمسة لأن تكون معايير منضبطة فى تحديد القيم الواجبة .

ومع ذلك فأرجو ألا يبعد عن الصواب تقدير الواجب فى الدية على أساس النظر إلى مجموع قيم هذه الأصناف بأسلوب الربط القيمى Indexation ، فإن اعتبارها جميعا من الأصول واختلاف قيمها فى وقت معين لا يسوغ التقدير بأحدها ، خاصة وأن بالوسع التقدير بمراعاة قيمها جميعا بدون تكلف ولا مشقة . ولعل هذا الاجتهاد الذى لم أطلع عليه عند أحد أن يستند إلى الأسس الفقهية ذاتها التى استند إليها الصحابة فى توسيعهم لأصناف الدية واعتبارهم البقر والغنم أصولا فيها . لقد نحت مشروعات القوانين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إلى تقويم الدية ونصاب السرقة والزكاة بالدنانير أو الذهب ؛ ففى المادة ٢١٢ من مشروع القانون العقابى المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية أن (دية المقتول ذكرا أو أنثى مسلما أو غير مسلم أربعة آلاف ومائتان وخمسون جراما من الذهب الخالص . ويقوم جرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة

---

(١) حاشية الدسوق : ٢٦٧/٤ ، والمهذب ٢ ؛ ١٩٦/٢ ، والمبدع : ٣٤٥/٨ .

من مصلحة دمغ المصوغات والموازين ..)[1] . ولكن المادة ٢٨ من مشروع قانون القصاص والديات الذى أعده مجلس الفكر الإسلامى Islamic Idelelgy الباكستانى فى عام ١٩٨٤ وناقشه مجلس الشورى فى جلسات متعددة بعد ذلك وقد ورد فيها النص على تقدير الدية بالفضة ، ونصها : (قيمة الدية عشرة آلاف درهم شرعى ، بما يعادل ٦٣ و ٣٠ كيلو جرام من الفضة أو قيمتها من عملة البلاد وقت صدور الحكم) . ولعل القصد من هذا العدول عن الذهب إلى الفضة هو التخفيف من قيمة الدية ، فإن قيمة هذا الوزن من الفضة لا يقارب قيمة الدية بالرجوع إلى الذهب . ويرد إلى الذهن السؤال عن مشروعية العدول بهذا القصد . الذى تفيده الآثار أن الرجوع إلى أى من هذه الأبدال المختلفة فى عهد عمر رضى الله عنه كان على أساس غلبة التعامل ، وهذا ما تفيده ألفاظ هذه الآثار وأنه جعل على أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الغنم ألفين . وإذا كان المناط فى جواز التقدير بالرجوع إلى أى من هذه الأصناف هو غلبة التعامل به فى بيئة التقاضى فإن العدول عن الغالب فى التعامل وهو الذهب إلى الفضة بقصد تخفيف قيمة الواجب على الجانى وعاقلته سيكون أمرا مشكوكا فى صحته . وأجد أن التقدير بالذهب أو بقيم مجموع هذه الأصناف هو الأولى من اختيار التقويم بأحدها على أساس النقص فى القيمة . بل إن ترك الأمر للقاضى فى تقدير الدية بالرجوع لأى من هذه الأصناف بقصد التخفيف أو التغليظ تبعا لجسامة الخطأ أو الضرر أمر قد لا يسلم من النقد ، بحكم أن مناط جعل هذه الأموال أصولا هو غلبه التعامل بها بين المتقاضين[2] .

٣٨٣ - الزيادة على الدية : الدية غرامة مقدرة شرعا لا تجوز الزيادة عنها إلا بسبب يبيح هذه الزيادة . وهو ما ينصرف إليه قوله ﷺ : (دية الخطأ مائة

---

(١) مضبطة جلسة مجلس الشعب المصرى المنعقدة فى ٢٠ يونية ١٩٨٢ .

(٢) فطن الدكتور فكرى أحمد عكاز فى كتابه فلسفةالعقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون : ص ٢٨١ إلى جواز تحديد قيمة الدية تحديدا متنوعا بالنظر لقيم هذه الأصول الخمسة ، بحيث يكون لقيمتها حد أعلى وحد أدنى ، ويتخير القاضى بينهما ، مراعاة لضرر المجنى عليه وخطأ الجانى . ولا يعكر على هذا الاستنباط المفيد عمليا .

بعير ، فما زاد بعير فهو من أمر الجاهلية)[1] . وإنما عنى الشارع بتقدير الدية على هذا النحو لإبطال عوائد الجاهلية التى كانت تفرق بين قتيل وآخر فى تقدير الدية ، تبعا للمنزلة الاجتماعية وقوة القبيلة وعلاقة الجانى بها ، وذلك لتأكيد معنى المساواة بين الناس فى الإنسانية . ولذا يشير الحديث السابق الذكر إلى أن الزيادة على الدية لا تجوز ، ولو ببعير واحد ، بحكم أن هذه الزيادة موروث جاهلى . غير أن تقييد المساواة بالعدالة هو الذى اقتضى فيما يبدو الزيادة على مقدار الدية إذا قام سبب شرعى للزيادة . وأهم الأسباب الشرعية للزيادة فى أمرين : **أولهما** إلزام الشارع بتغليظ الدية ، **والثانى** : تعدد الأضرار حيث يتعدد الواجب جبرا لها . وتفصيل هذين الأمرين فيما يلى :

٣٨٤ - التغليظ فى أصناف الدية : اتفق الفقهاء على مشروعية الدية المغلظة فى العمد وشبهه . ولا تزيد الدية المغلظة عن المخففة الواجبة بالخطأ فى عدد الإبل ، وإنما تزيد فى أسنانها وصفاتها مما يؤثر فى قيمتها . ويرتفع الواجب فى المغلظة عن الواجب فى المخففة بمقدار الثلث ؛ فدية الخطأ من الإبل عند الأحناف والحنابلة أخماس : عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة . وهى عند المالكية والشافعية كذلك إلا فى إبدال ابن المخاض بابن اللبون[2] . أما دية العمد وشبهه فقد ذهب المالكية والشافعية وعدد من فقهاء الصحابة والتابعين إلى أنها أثلاث : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها[3] . ومذهب أبى حنيفة وأبى يوسف أن تقسم الإبل فى العمد وشبهه أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة[4] . ولا تزيد بهذا التغليظ عن الدية المخففة إلا قليلا .

٣٨٥ - أما تغليظ الدية المقدرة بغير الإبل فقد منعه الشافعى بناء

---

(١) المصنف لابن أبى شيبة : ١٢٨/٩ .

(٢) المبسوط : ٧٥/٢٦ ، والمبدع : ٣٤٨/٨ .

(٣) حاشية الدسوق : ٢٦٧/٤ ، والمهذب : ١٩٥/٢ .

(٤) الدسوق : ٢٦٧/٤ ، والمهذب : ١٩٦/٢ .

(٥) البدائع : ٢٥٤/٧ .

على أصله فى أن الدية لا تقدر إلا بالإبل . ومعناه أنه يوجب التغليظ إذا وجد سببه ويمنع تقدير الدية بغير الإبل . أما هؤلاء الذين أجازوا التقدير بغير الإبل فلم يجز بعضهم التغليظ إلا فيها ، لأنها هى التى وردت بها النصوص فلا تتعداها إلى غيرها . ومقتضاه أنه لا يجوز للقاضى إذا حكم بالذهب والفضة أن يزيد على الألف دينار أو العشرة آلاف درهم .

لكن عددا من الفقهاء ، قد أخذ بجواز تغليظ الدية فى الذهب والفضة ، لثبوت أصل التغليظ فى الإبل ووجود المعنى الذى أوجب التغليظ فى أحوال التقدير بالذهب والفضة . وقد أخذ بهذا المذهب كل من المالكية وسفيان الثورى والحسن بن صالح وبعض آخر من الفقهاء . جاء فى المهذب أن القتل الخطأ إن حدث فى الحرم أو فى الأشهر الحرام ، وهى ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، وكذا إذا كان المقتول ذا رحم محرم من القاتل فإن الواجب دية مغلظة ، (لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية.. وروى أبو النجيح عن عثمان رضى الله عنه أنه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ، ستة آلاف الدية وألفين للحرم . وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفا ، وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفا . فإن كان القتل فى المدينة ففيه وجهان : أحدهما : أنه يغلظ لأنها كالحرم فى تحريم الصيد فكذلك فى تغليظ الدية . **والثانى** : لا تغلظ لأنها لا فدية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم)[1] .

ويخالف فقهاء المالكية فى ضبط التغليظ بثلث الدية ، وإنما ينضبط عندهم بنسبة الفرق بين الديتين المخففة والمغلظة . وطريقته كما ذكر الدردير (أن تقوم المثلثة حالة وتقوم المخمسة على تأجيلها ويؤخذ ما زادته المثلثة على المخمسة ، وينسب إلى المخمسة ، فما بلغ بالنسبة يزاد على دية الذهب والفضة بتلك النسبة .

---

(١) المبسوط : ٧٧/٢٦ .

(٢) المهذب للشيرازى : ص ١٩٦/٢ .

مثاله : لو كانت المخمسة على آجالها تساوى مائة والمثلثة على حلولها تساوى مائة وعشرين ، ونسبة العشرين إلى المائة قيمة المخمسة الخمس فيزاد على الدية مثل خمسها فتكون من الذهب ألفا ومائتين ومن الورق أربعة عشر ألف درهم)[1] .

ويحصر المالكية وجوب الدية المغلظة فى أحوال قتل الأب أو الأم ولديهما على وجه تعمد الفعل دون قصد منهما إلى إزهاق الروح حتى لا يجب القصاص . أما إذا امتنع القصاص للعفو فلا تجب الدية المغلظة (الأرباع : بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) إلا فى الإبل ، ولا تغلظ إذا حكم القاضى بوجوبها فى الذهب والورق[2] .

٣٦٠ – والحاصل من هذا كله :

(أ) تغلظ الدية فى العمد وشبهه مطلقا ، وإنما تكون الدية فيهما بالإبل ، لورود التغليظ فيها وحدها فيقتصر على ما ورد به النص . وهو مذهب الشافعى .

(ب) تغلظ الدية فى العمد وشبهه إذا حكم بها القاضى فى الإبل على وجه الخصوص وللقاضى أن يحكم بالدية فى الذهب والورق ، لكن لا يغلظها فيهما ، وهو مذهب الأحناف .

(جـ) تغلظ الدية فى قتل الأبوين أو أحدهما ولدهما إذا لم يقصدا القتل . ويجرى التغليظ فى الدية من الإبل أو الذهب أو الورق على الوجه الذى بينه الدردير فيما سبق . وهو أن تحسب قيمة الدية المغلظة من الإبل ثم تحسب قيمة الدية المخففة من الإبل كذلك ، ثم يحسب الفرق بينهما ، وينسب إلى أصل الدية المخففة ، فتضاف نسبة الزيادة إلى أصل الدية من الذهب أو الفضة .وهو مذهب المالكية وبعض الأحناف .

(د) يجب التغليظ فى التعدى بالقتل فى الحرم أو الشهور الحرام أو إذا كان المقتول رحما محرما من القاتل . ويحسب التغليظ بنسبة ثلث الدية . وينسب هذا الرأى إلى عمر وعثمان وابن عباس .

---

(١) حاشية الدسوقى : ٢٦٧/٤ . وهذا المعيار نفسه عند بعض الأحناف . انظر العناية مع تكملة فتح القدير : ٣٠٣/٨ . أما جمهور الأحناف فلا تغليظ عندهم إلا فى دية الإبل ، البحر الرائق ٣٧٣/٨ .

(٢) الدسوقى : ٢٦٧/٤ .

٣٦١ – تعدد الواجب من الديات : القاعدة فى حساب الواجب فيما دون النفس أن تفويت جنس المنفعة على الكمال أو إزالة جمال مقصود فى الآدمى على الكمال يوجب كل الدية باعتباره نوع إتلاف للنفس فيلحق به وأصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية فى اللسان والأنف ، فيجرى هذا الاعتبار فى فروع كثيرة . وعلى هذا فما كان قائما من المنافع بعضو واحد ففى إتلاف هذا العضو الدية كاملة ، وما كان قائما بعضوين ففى إتلاف أحدهما نصفها ، وما كان قائما بأربعة ففى إتلاف أحد هذه الأعضاء ربع الدية ، وما كان قائما بعشرة ففى إتلاف أحدها العشر ، وما كان قائما بأكثر من عشرة أعضاء ففى إتلاف أحدها نصف العشر .

٣٦٢ – الزيادة على الدية : أما إذا تعددت المعانى التى فاتت بالعدوان فإن الواجب يتعدد ولو تجاوز الدية . وقد قضى عمر رضى الله عنه بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها السمع والبصر والعقل والكلام[1] . وفى بداية المجتهد حكاية الإجماع على أن من أصيب من أطرافه أكثر من ديته أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان[2] . وإنما تجوز الزيادة على الدية إذا وجد سبب يقتضى هذه الزيادة ، سواء بتعدد المعانى التى فاتت بالعدوان أو لقيام ما يوجب التغليظ فى المسئولية ، كالمحرمية بين الجانى والمجنى عليه وكوقوع العدوان فى الحرم أو فى الأشهر الحرام أو غير ذلك من الأمور التى قصد الشارع إلى حفظها . وبهذا فإن الدية تمثل الحد الأدنى للغرامة التى قدرها الشرع فى إتلاف النفس أو المعانى القائمة بها . وفى هذا يستوى الناس جميعا ، لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم وشريفهم ووضيعهم . أما الزيادة على هذا الحد لوجود سبب يبيح هذه الزيادة وفق القواعد الشرعية للمسئولية فهو الذى يحقق مبدأ العدالة بالتناسب بين الضرر والواجب . واستحسن ترك أسباب التغليظ وتقدير الواجب بكل سبب للقضاة لتمكينهم من مراعاة الظروف المتنوعة للمتقاضين وأنواع الأضرار وقوة العدوان .

---

(١) المبسوط : ٦٩/٢٦ ، والأصل للشيبانى : ٤٦٧/٥ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشى .
(٢) بداية المجتهد : ٤١٣/٢ .

وأسوق فيما يلي بعض هذه الأسباب التى توجب التغليظ لمجرد توضيح ما أراه فى هذا الشأن . وهذه هى :

(أ) قوة العدوان وجسامته ، كأن تحدث الإصابة أو القتل بقيادته سيارته وهو سكران أو بإطلاقه النار فى مكان مزدحم أو تركه حيواناته فى موضع يؤمه الأطفال . وتجب الدية أو جزؤها بخطئه على حين يجب التغليظ لتعديه بالسكر وإطلاق النار أو الحيوانات فى أماكن لا تناسبها هذه الأنشطة الخطرة . ويرقى إهمال الطبيب بترك شيء من معداته أو غيرها فى جوف المريض إلى أن يكون سببا لإيجاب التغليظ . ومنه كذلك إهمال المرضعة وتركها الرضيع حتى مات أو أصابه مرض . ولا يبعد أن يكون منه إهمال المسئولين فى شركة تعبيد الطرق وتركها حفرا يصعب على قائد السيارة اكتشافها وتجنبها ، فإذا أصيب بهذا السبب وجبت الدية مغلظة على هذه الشركة . ولو منع أحد مضطرا الطعام أو الشراب ، وهو يعلم حاله ، فالدية مغلظة . وبهذا فإن التعدى الجسيم الذى لا يعذر صاحبه مما يلتحق بشبه العمد فى إيجاب الدية المغلظة

(ب) قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة . من ذلك أنه لو تسبب فى قطع إصبع فاضطر إلى علاجها فى المستشفى وتحمل فى هذا العلاج نفقات كثيرة ، ثمنا للأدوية وأجرة الطبيب والانتقال إلى المستشفى ، وامتنع عليه فى الوقت نفسه مزاولة عمله فترة طويلة ، كما عانى آلاما قاسية ، فهل يقف الواجب عند عشر الدية لا يتعداه ؟ يتضح مغزى السؤال إذا عرفنا أن عشر الدية لا يتجاوز خمسة عشر ألفا من الجنيهات المصرية[1] فإذا انفقها مقدما فى العلاج لم يبق له شيء لجبر ما لحقه من ضرر . ويجب لهذا أن يفرض له حقه فى الدية أولا ثم يضاف إليه ما يجبر أضراره المالية الأخرى . ويجب اعتبار الأضرار النفسية فى التغليظ . ولعل هذا هو مناط تغليظ الدية فيما نص عليه بعض الفقهاء إذا ما كان القاتل رحما محرما من المقتول . ذلك أنه لا فرق بين قتل القريب لقريبه

---

(١) قيمة أربعمائة وخمسة وعشرين جراما من الذهب ، بناء على أن الجرام الواحد يساوى بضعا وثلاثين جنيها مصريا فى هذه الأيام .

وبين قتل الأجنبى فى حقيقة القتل أو فى الإثم ، وإنما الفرق فى زيادة ألم أقرباء المقتول ، فمست الحاجة إلى رعاية هذ المعنى بتغليظ الواجب شفاء لما فى نفوسهم . ويسوّغ هذا الحكم تغليظ الواجب بزيادة الألم .

... والحاصل أن الدية تنصرف إلى تأكيد معنى المساواة بين الناس جميعا فى التعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية ومعانيها ، على حين ينصرف التغليظ إلى تأكيد معنى العدالة التى حرص الشرع عليها كذلك ، حتى يصير الأمر إلى إمكان جبر جميع الأضرار وفق قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » . :

٣٦٣ – مؤيدات جواز الزيادة : يتأيد جواز الزيادة على الدية فى الحالين السابقين بعدة مؤيدات ، من بينها :

(أ) قاعدة عموم رفع الضرر المعتبر كذلك ، سواء كانت الأضرار مالية أو بدنية أو نفسية .

(ب) اعتبار فقهاء الأحناف الألم من الأضرار التى يجوز للقاضى تعويضها . وقد روى عن محمد (فى الجراحات التى تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم . وعن أبى يوسف رحمه الله يرجع على الجانى بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت)[1] . وينسب صاحب تكملة البحر الرائق القول بوجوب أرش الألم إلى أبى يوسف ، كما ينسب إلى محمد القول بوجوب أجرة الطبيب ، وعبارته : (وإن شج رجلا فالتحمت ولم يبق له أثر .. فلا أرش ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الألم ، وهو حكومة عدل ، لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل . وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب ، لأن ذلك أثر فعله فكان له أخذ ذلك من ماله . وفى شرح الطحاوى فسر قول أبى يوسف عليه أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة . فعلى هذا الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال

---

(١) المبسوط للسرخسى : ٨١/٢٦ .

منفعته ، وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد ، كالإجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك فى حق الجانى فلا يلزم الغرامة ، وكذلك مجرد الألم لا يوجب شيئا ، لأنه لا قيمة بمجرد الألم . ألا ترى أن من ضرب إنسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش . وكذا لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيئا)[1] .

أما صاحب مجمع الضمانات فينسب القول بوجوب أرش الألم إلى الإمام أبى يوسف نقلا عما جاء فى الهداية[2] وأجد أن نسبة هذا الرأى بوجوب أرش الألم إلى محمد هو الأولى لتوافقه مع ما يقوله فى ضمان المنفعة خلافا لأبى يوسف . ومع ذلك فينبغى ألا يجرى الخلاف بين أئمة المذهب الحنفى أو غيرهم حول ضمان ثمن الدواء فى الأقل ، لأنه عين مال تلف بفعل المتعدى فيضمنه . أما أجرة الطبيب وأرش الألم ، الذى يشبه أن يلتحق بمنفعة العضو فيما يستفاد من التعليل لمذهب أبى حنيفة حسبما سبق ذكره قبل قليل ، فيجرى فيه الخلاف الفقهى فى ضمان المنافع . وفى البحر الزخار فى الضرب على السن إذا أحدث ألما ، لا خللا ، حكومة وهى غرامة مالية فى مقابلة الألم[3] .

وإذ يترجح وجوب أرش الألم مع التوسع فى تفسير الألم حتى يشمل جميع الأضرار المعنوية دل هذا على جواز الحكم بالزيادة عن الدية فى مقابلة هذا الضرر .

(جـ) التعزير بالغرامات المالية وصرف هذه الغرامة إلى المتضرر ، حيث لم ينص أحد من الفقهاء على وجوب صرفها إلى بيت المال ، بل أرشدت نصوص شرعية إلى جواز إعطاء المتضرر ما يقضى به من غرامة جبرا لما لحقه من ضرر . من ذلك ما ورد فى تغريم كاتم الضالة بردها ومثلها معها عقوبة له على الكتمان[4] . ومنه أيضا تضعيفه ﷺ الغرم على سارق مالا قطع فيه من الثمر المعلق[5] ،

---

(١) تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن على الطورى : ٣٨٨/٨ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ١٧١ .

(٣) البحر الزخار : ٢٨٢/٦ .

(٤) .

(٥) نيل الأوطار : ١٣٤/٧ .

وحريسة الجبل التى توجد فى مراتعها[1] . وقد غرم عمر رضى الله حاطب بن أبى بلتعة ضعف قيمة الناقة التى سرقها عبيده جزاء له على تعديه فى تجويعهم طبقا لما سبق ذكره .

وإذ يدل هذا كله على جواز التعزير بالمال فى مقابلة المعاصى التى لا حد فيها ولا كفارة فإنه يجوز للقاضى تغريم الجانى فوق الدية لأى معنى من المعانى الموجبة للتغليظ كجسامة العدوان أو القصد إليه أو تعدد أنواع الضرر .

ويتحصل مما سبق ثلاثة أمور :

أولها : الدية هى الحد الأدنى للواجب فى مقابل فوات النفس الإنسانية أو معنى من المعانى القائمة بها عند عدم وجوب القصاص أو امتناعه . ويجوز العفو عن الدية أو بعضها عند الأحناف ، أما الصلح على ما هو أكثر منها فلا يجوز إذا كان بدل الصلح من جنسها ، لأن الصلح مبادلة ، ويجوز إذا كان البدل من غير جنسها[2] .

الثانى : جواز الزيادة على الدية فى فوات النفس إذا قام ما يستوجب التغليظ .

الثالث : يجرى على الواجب فيما دون النفس من جواز التغليظ ما يجرى على الواجب فى فوات النفس .

---

(١) السابق .

(٢) البدائع : ٢٥٤/٧ ، والمبسوط : ٧٩/٢٦ .

المبحث الثالث : الأروش

٣٦٤ – أنواع الاعتداء على مادون النفس : يقابل العدوان على ما دون النفس فى قانون العقوبات المصرى جرائم الضرب والجرح المبينة أحكامها فى المواد ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤[1] . وهذا النوع من العدوان فى الشريعة إما عمد أو خطأ ، وليس فيه شبه عمد ، حيث لا ينظر إلى الآلة الواقع بهاالعدوان ، وإنما النظر إلى تعمد الفعل أو عدمه .

ويشمل العدوان على ما دون النفس الأنواع الأربعة التالية :

(أ) إبانة عضو من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع والعين والأنف والأذن والشفة والجفن والأسنان واللسان ونحوها .

(ب) إتلاف حاسة من الحواس أو منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته كإذهاب حاسة السمع أو البصر أو الشم أو الذوق أو الكلام أو الحركة ، ومنه كذلك إذهاب العقل .

(ج) الشجاج وتختص بجراح الرأس والوجه التى يتفق الفقهاء على التمييز فيها بين الأنواع التالية :

– الخارصة : وهى التى تقطع الجلد وتشقه على نحو لا يؤدى إلى خروج الدم .

---

(١) مجمل أحكام هذه المواد فيما يلى : أ – العقوبة بالأشغال الشاقة من ثلاث سنوات إلى عشر إذا نشأ عن العدوان عاهة مستديمة أو قطع عضو أو فقد منفعته أو كف البصر أو فقد أحد العينين ، وكان هذا العدوان عن سبق إصرار وترصد . ب – الحبس فى الإصابات المتسببة فى المرض أو العجز أكثر من عشرين يوما . ولا تزيد فترة الحبس عن عامين ، كما يجوز للقاضى تغريم الجانى ما لا يزيد عن مائة جنيه مصرى . جـ – الحبس فترة لا تزيد عن سنة إذا لم يبلغ الضرب أو الجرح درجة الجسامة السابقة (المرض أو العجز عشرين يوما) إلا إذا كان الضرب أو الجرح عن سبق إصرار وترصد فيزيد الحد الأعلى للحبس إلى عامين ، كما تزيد الغرامة إلى مائة جنيه مصرى . د – فى الإصابات الناشئة عن الخطأ أو الإهمال والرعونة لا تزيد مدة الحبس عن عام واحد والغرامة عن خمسين جنيها ، أما إذا نشأت عاهة مستديمة أو كان الإخلال بالواجب جسيما فيجوز أن تبلغ العقوبة ضعف ذلك .

– الدامية : وهى التى تسيل الدم .
– الباضعة : وهى التى تقطع اللحم .
– المتلاحمة : وهى التى تدخل فى اللحم .
– السمحاق : وهى التى تصل إلى الجلدة الرقيقة التى تغطى عظم الرأس المسماة بهذا الاسم .
– الموضحة : وهى التى توضح عظم الرأس أو الوجه .
– المنقّلة : التى ينتقل فيها العظم بعد كسره .
– الآمة : التى تصل إلى أم الدماغ .
– الدامغة : التى تصل إلى الدماغ نفسه . ولم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى بعدها .

ويضيف الأحناف والشافعية والحنابلة شجة أخرى هى الهاشمة التى تهشم العظم وتكسره ولا تنقله عن موضعه ، كما يضيف المالكية ومعهم الأحناف شجة يطلقون عليها اسم الدامعة التى يظهر فيها الدم كالدمع لا يسيل[1] . ويكشف هذا التفصيل عن ميل الفقهاء إلى الدقة ومتابعتهم لجهود علماء التشريح فى العصور السابقة . وعلى سبيل المقارنة فإن القانون المصرى يعتمد على التفريق فى الجراح والشجاج بوجه عام بين ما يورث المرض أو العجز فترة تزيد عن عشرين يوما أو تقل عن ذلك .

(د) الجراح : وهى التى تحدث فى أجزاء الجسد مما سوى الرأس والوجه . وهى نوعان :

– جائفة : أى تصل إلى جوف المجنى عليه وداخله ، سواء كان ذلك فى الصدر أو فى الظهر أو البطن أو الحلق .

---

(1) البدائع : ٢٩٦/٧ ، وتبيين الحقائق : ١٣١/٦ ، والدر المختار : ٤١١/٥ ، والمبسوط : ٧٣/٢٦ ، وتكملة البحر الرائق : ٣٨٠/٨ ، والأصل لمحمد : ٤٥٦/٤ ، والآثار لمحمد : ص ٩٨ ، والمهذب : ١٩٩/٢ ، وحاشية الجمل : ٦٣/٥ ، ونهاية المحتاج : ٣٠٥/٧ وما بعدها ، والدسوقى : ٢٥١/٤ ، والشرح الكبير : ٦٢١/٩ وما بعدها ، والمغنى : ٢٩٨/٨ وما بعدها ؟ .

– غير الجائفة : وهى التى لا تصل إلى الجوف لسطحيتها أو لكونها فى مكان لا جوف فيه ، وذلك كجراحات اليد والرجل .

٣٦٥ – القصاص : العقوبة على هذه الجنايات فى الشريعة إذا كان الفعل متعمدا هى القصاص ، شريطة استجماع الأمور التالية :

(أ) انتفاء أسباب إباحة الفعل وموانع العقاب وإلا لم يتحقق السبب الموجب للقصاص . ويعد الفعل مباحا إذا رخص فيه الشارع كدفع الصائل بشروطه الفقهية ، أو كان الفعل أداء لواجب كقيام الطبيب بإجراء جراحة أو تنفيذ حكم القصاص . ومن موانع العقاب أن يكون الجانى صبيا أو مجنونا .

(ب) كون المجنى عليه معصوم الدم . أما إذا كان مهدر الدم كحربى أو ارتكب جريمته توجب قتله حدا فلا قصاص على الجانى لعدم عصمة دم المجنى عليه ، ويعزر الجانى بما يراه القاضى من عقوبة لافتياته على السلطة العامة فى تولى عقاب المجنى عليه بنفسه . ومنه كذلك أن يرتكب المجنى عليه جريمة توجب قتله قصاصا إذا كان الجانى من أولياء الدم . ولذا لو جرح ولى الدم عضوا لقاتل وليه لم يجب القصاص على هذا الولى لحقه فى القصاص منه . ويجب الضمان فى رأى أبى حنيفة . جاء فى البدائع : (لو كان له على رجل قصاص فى النفس فقطع يده ثم عفا عن النفس .. ضمن دية اليد فى قول أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا ضمان عليه . وجه قولهما أن نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولى القتيل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن .. فبعد ذلك إن عفا عن النفس فالعفو ينصرف إلى ما بقى لا إلى المستوفى ، كمن استوفى بعض ديته ثم أبرأ الغريم أن الإبراء ينصرف إلى ما بقى لا إلى المستوفى ، كذا هذا . ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل ، لا فى المحل وهو النفس ، أو يقال حقه فى النفس لكن فى القتل لا فى حق القطع ، لأن حقه فى المثل .. ومثل القتل هو القتل ، فكان أجنبيا عن اليد . فإذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو متقوم فيضمن . وكان القياس أن يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية)[1] .

---

(١) بدائع الصنائع : ٣٠٤/٧ .

(ج) المكافأة بين الجانى والمجنى عليه . واتفاق الفقهاء على اعتبار الأنثى مكافئة للذكر[1] فى القصاص فى النفس وفيما دونها . والأرجح التسوية بين المسلم والذمى ، فلهم ما لنا وعليهم ما علينا بنص حديث النبى ﷺ ، وهو ما أخذ به أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى[2] . والأرجح كذلك التسوية بين المسلم والمستأمن لعصمة دمه بالأمان ، طبقا لما قرره الفقهاء من أن عصمة الدم تكون بإيمان أو بأمان . وهو مذهب أبى يوسف[3] .

(د) إمكان استيفاء القصاص مع تحقق المماثلة بلا حيف ولا زيادة . ويقتضى هذا الشرط التماثل فى المحل والموضع ، بحيث لا يقتص إلا من نظير العضو المعتدى عليه فى الجناية ، كما يقتضى التماثل فى السلامة فلا يؤخذ الصحيح بالأشل ولا الكامل بالناقص . ويقتضى كذلك ألا يترتب على الاستيفاء هلاك الجانى أو مجاوزة ما لحق المجنى عليه من الأذى[4] .

ومع اتفاق الفقهاء على هذه الشروط فقد اختلفوا فى تطبيقها . والأرجح أنه لا قصاص إلا فيما يقطع من المفاصل أو فيما كان له حد معلوم ينتهى عنده ، كما أنه لا قصاص فى عظم إلا فى السن . ولا قصاص فى إذهاب الحواس والمنافع مع بقاء أعيانها لتعذر المماثلة فى الاستيفاء ، وهو مذهب الأحناف خلافا لما أخذ به المالكية والشافعية والحنابلة . ولا قصاص كذلك فى غير الموضحة من الشجاج ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية خلافا للمالكية . أما الجراح فلا قصاص فيها عند أبى حنيفة لتعذر المماثلة . خلاف للشافعية والحنابلة الذين أجازوا القصاص فيما هو فى معنى الموضحة من الجراحات . ويرى المالكية وجوب القصاص فى الجراحات والشجاج جميعها بأن يقيس الأطباء طول الجرح وعمقه ويشقون مقداره فى جسد الجارح . والأرجح ما ذهب إليه الجمهور فى ذلك .

---

(1) البدائع : ٣١٠/٧ ، والمغنى : ٢٧٦/٨ وما بعدها .

(2) تبيين الحقائق : ١٠٥/٦ .

(3) بدائع الصنائع : ٢٣٦/٧ ، والمغنى : ٢٥١/٨ .

(4) التشريع الجنائى الإسلامى لعودة : ٢١٩/٢ .

٣٦٦ - الأروش : إذا تعذر القصاص لفقد شرط من الشروط السابقة عدل عنه إلى جبر الضرر الواقع على المجنى عليه ، دون أن يسقط ذلك حق المجتمع فى جواز تعزيره . والقاعدة أن (فى الجراحات القصاص فيما يقدر فيه على القصاص والأرش فيما لا يقدر عليه) . ولا تثبت القوانين الحديثة حق القصاص فيما دون النفس من جراحات وإصابات على الرغم من استمرار أكثرها على الاعتراف بهذا الحق نفسه فى الجناية على النفس وفى تطبيق عقوبة الإعدام . وهو ما تنص عليه المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصرى . وقد حاولت بلاد كثيرة إلغاء عقوبة القصاص فى النفس فيما يشار إليه بإلغاء عقوبة الإعدام ، طردا للباب على وتيرة واحدة حتى يمتنع القصاص فى النفس وفيما دونها ، لكن عددا منها قد عاد إلى الاعتراف بهذه العقوبة مرة أخرى . إن القصاص فى النفس وفيما دونها هو روح العدالة ، والمجنى عليه هو الأولى بالرأفة والعناية ، ولا يجوز ترك الضرر فى مكانه حيثما وقع تسليما بالأمر الواقع وهو الذى قصدت إليه الشريعة حين اعترفت بحق المجنى عليه فى القصاص فيما دون النفس مع تقييد هذا الحق فى التطبيق بشروط عديدة مراعاة لكل من حق المجنى عليه وحق الجانى . أما إذا تعذر القصاص فيلجأ إلى العقوبة التعزيرية رعاية لحق الله تعالى وإلى إثبات الأروش جبرا للضرر الواقع على المجنى عليه .

والأروش على نوعين : مقدرة وغير مقدرة .

(أ) الأروش المقدرة : هى الأجزية المالية التى حدد الشارع مقاديرها جبرا لما لا يختلف من الأضرار باختلاف الأشخاص .

(ب) أما الأروش غير المقدرة فهى التى ترك الشارع للقاضى الحرية فى تقديرها . ويطلق على هذه الأروش حكومة عدل فى اللغة الفقهية إشارة إلى ما تثبت به وهو التقدير العادل .

٣٦٧ - انتظار البرء : لا يقضى بالأروش المقدرة أو غير المقدرة قبل استقرار الإصابة ومعرفة ما يؤول إليه الجرح ، لأنه هو المعول عليه فى تقدير الواجب به ، وقد يسرى إلى النفس فيصير قتلاً . جاء فى الشرح الكبير : (يؤخر القصاص فيما دون النفس لبرء المجروح ، لاحتمال أن يأتى جرحه على النفس

فيكون الواجب القتل)[1] . وفى المبدع : (ولا تجب دية الجرح حتى يندمل ، لأنه لا يدرى أقتل هو أم ليس بقتل ، فينتظر ليعلم حكمه ، وما الواجب فيه ، ولهذا لا يجوز الاستيفاء فى العمد قبل الاندمال فكذا فى الخطأ . ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى ييأس من عودها ، لأنه مما يحتمل العود ، فلا يجب شيء مع الاحتمال كالشعر . وإنما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة : إنها لا تعود أبدا)[2] . ولو برىء من الإصابة سقط الواجب فيها ، فلو (قلع سنٌّ كبير أو ظفرٌ ثم نبتت أورده فالتحم لم تجب دية .. وفيها حكومة إن نقصت أو ضعفت .. ولو ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته لزوال سببها . وإن كان قد أخذها ردها ، لأنه تبينا أنه أخذها بغير حق . وإن عاد ناقصا أو عادت السن أو الظفر قصيرا أو متغيرا فعلية أرش نقصه خاصة ، لأنه نقص حصل بجنايته كما لو نقصه مع بقائه . وإن قلع سنٌّ صغيرٍ ويئس من عودها ، وحد الإياس سنه لأنه هو الغالب فى نباتها .. وجبت ديتها ، لأنه أذهبها بجنايته ذهابا مستمرا كسن الكبير)[3] .

ويتضمن هذا النص الأحكام التالية : .

– الانتظار فى تقدير الواجب بالجرح إلى حين اندماله ، كما ينتظر فى القضاء بالواجب فى قلع السن والظفر والشعر إلى أن يشهد خبيران باليأس من عود المقلوع .

– تقدر فترة الانتظار بالغالب فى البرء أو الاندمال أو تغير الإصابة .

– يسترد الجانى ما دفعه فى جبر الضرر إذا تغيرت الإصابة وشفى المجنى عليه منها .

– تحسب نسبة العجز كالثلث أو الربع ويقدر الواجب فى الإصابة بعد استقرارها بحسب هذه النسبة ، وهو ما يطلق عليه فى اصطلاحات الفقهاء المسلمين أرش النقصان .

٣٦٨ – وقد التفت القضاء الإنجليزى إلى هذه المشكلة مؤخرا ولم يصل

---

(١) حاشية الدسوقى : ٢٦٠/٤ .

(٢) المبدع : ٣٨٧/٨ .

(٣) السابق : ٣٨٨/٨ .

إلى حل مناسب لها إلا فى تشريع ١٩٨٢ . وفيما يلى توضيح ذلك :

(أ) هدف القضاء الإنجليزى إلى التعويض عن الأضرار التى لحقت بالمجنى عليه فى الحاضر والمستقبل بتقدير مبلغ مقطوع Lump Sum جملة واحدة . وعلى الرغم من يسر ترديد هذه العبارة فإن تطبيقها فى الواقع ، فيما يلاحظ Dias وزميله ، أمر عسير للغاية ، إذ لا حيلة للقاضى فى حساب الأرباح التى كان سيجنيها المضاب فى المستقبل لولا هذه الإصابة إلا الاعتماد على لعبة التخمين Guessing game المحفوفة بالمخاطر ، والتى تفوق طاقة البشر ولا تستند إلى قواعد حقيقية . وقد أشير فى معرض انتقاد الاعتماد على التقدير المقطوع Lump Sum الصى يستحقه إلى احتمال تغير قيمة النقود بارتفاع معدلات التضخم أو انخفاضها ، كما أشير إلى احتمال تغير إصابة المعتدى عليه بالبرء أو السراية إلى غيرها . ومع ذلك فقد كان المتبع أن يقدر القاضى شيئا لا يتغير بعد ذلك بتغير الظروف ، بحكم اعتباره تقديرا نهائيا .

(ب) التفت اللورد دينج Denning R.M. إلى هذه الانتقادات وأثارها بقوة فى محاولته عام ١٩٧٩ إقناع محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم بالمقدار المقطوع فى تقدير التعويض عن الأضرار التى لحقت بالمجنى عليه فى الماضى أو يحتمل معاناته منها فى المستقبل تعويضا مؤقتا Interim award يحق للمحكمة أن تتدخل فى المستقبل لتعديل تقديره والتغيير فيه بحسب ظروف المجنى عليه واختلاف الضرر اللاحق به عما كان متوقعا عند نظر القضية . وعلى الرغم من تقدير المحكمة لهذا الاقتراح الذى اعتبرته اقتراحا (فذا وجذابا) فإنها لم تأخذ به لعدم دقته فيما تصورته هذه المحكمة ولحاجته إلى تدخل السلطة التشريعية لإقراره . ومع ذلك فقد تأثرت المحاكم فى عملها بمضمون هذا الاقتراح ، حيث عمدت إلى تأجيل النظر فى قضايا الجروح والإصابات البدنية أو تأجيل الحكم فيها إلى حين اتضاح ما تؤول إليه . لكن هذا الحل قد أدى إلى طول أمد التقاضى فى نزاعات الضمان .

(ج) وفى عام ١٩٧٤ اقترح نظام الفصل فى المحاكمة Split trial بين إثبات المسئولية وبين تقدير الضمان[١] . ويقود هذا الاقتراح إلى ما يقود إليه

---

(١) انظر حكم محكمة الاستئناف فى قضية Coenen V. Payne ، ص ٤٠٣ من كتاب (دياس) .

الاقتراح السابق من تأخير وصول الحق لصاحبه . ولهذا فإن لجنة بيرسون Pearson Committee لم تأخذ بهذا الحل فى توصيتها بإلغاء نظام التقدير المقطوع ، ومطالبتها بالأخذ بنظام التقسيط فى دفع المستحق فى التعويض[1] .

– لكن الحل الأخير لهذه المشكلة قد تمثل فى صدور قانون ١٩٨٢ الذى جاء بنظام التعويض المؤقت Provisional Damages . وقد أصبح من حق المتضرر أن يطالب بمقتضى هذا القانون بحقه فى التعويض عن الخسائر الحالة به فعلا وأن يطالب فى المستقبل بالخسائر التى تحل به فيما بعد .

ولا يتناقض هذا الحل فيما يبدو للوهلة الأولى مع ما قرره الفقهاء المسلمون ، إلا أنهم يضيفون الحق فى طلب تعديل الحكم القضائى بتحديد مقدار التعويض إلى المدعى عليه إذا ما استطاع إثبات أن المدعى قد أخذ فوق ما يستحقه لتحسن إصابته أو لبرئه منها .

٣٦٩ – الأروش المقدرة : تقدم أن الأروش المقدرة هى التى حدد الشارع فى الإصابات البدنية مقدار الواجب فيها . وإجمال أنواع هذه الأروش فيما يلى:

(أ) وجوب الدية كلها : تجب الدية كاملة فى التعدى بإبانة عضو لا نظير له فى الجسم ، أو بإذهاب منفعته مع بقاء صورته أو بإزالة جماله المقصود فى الإنسان . وتجب لهذا فى قطع الأنف وحده أو مع المارن وهو ما لان من الأنف وخلا من العظم ، وفى قطع اللسان ، وفى شعر الرأس وشعر اللحية إذا لم ينبت بعد الإصابة . وتجب الدية كاملة بفقد قدرة العقل أو المشى أو الكلام أو الشم أو السمع أو البصر أو الإنجاب .

(ب) وجوب بعض الدية : أما الأعضاء المثناة فى الجسم كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والشفتين والحاجبين ففى إبانة أحدها نصف الدية . وفى قطع أحد الأعضاء الرباعية فى الجسم كأشفار العينين وأهدابهما ربع الدية . وفى قطع ماله نظائر عشرة فى الجسم عشر الدية . فاعتبرت نسبة الضرر إلى الدية .

(١) Dias and Markesinis on Tort Law P. 401 .

وفى الموضحة من الشجاج[٢] نصف عشر الدية . ويفرق أبو حنيفة بين موضحة الرأس التى تجب فيها هذه النسبة وبين موضحة الوجه التى يجب فيها عشر الدية ، بناء على أن الضرر فيها أشد ، فإن الشعر يستر موضحة الرأس والوجه لا يستر . وفى الهاشمة عشر الدية ، وفى المنقلة عشر ونصف عشر الدية (١٥٪) ، وفى الآمة أو المأمومة ثلث الدية . وفى الجائفة ثلث الدية[١] .

ويلتفت فى ديات الشجاج والجروح إلى الأمرين التاليين : .

أولهما : أنه لا تقدير فى غير هذه الجراح الخمسة : الموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة والجائفة . أما غيرها من الشجاج والجراح فيجب فيها أرش غير مقدر .

والثانى : تعدد الواجب وزيادته بتعدد الإصابة وشدتها ، فلو ضربه ضربة أحدثت به هاشمتين لا تتصلان ويحجز بينهما حاجز وجب فى كل منهما العشر . ولو أحدث جائفتين وجب ثلثا الدية . ويزاد فى العمد عن الخطأ فيما دون النفس ما يزيده العمد فى الجناية على النفس .

٣٧٠ - الأروش غير المقدرة : لم يقدر الشارع الواجب فى الإصابات المتفاوتة ، وترك أمر تقدير هذا الواجب إلى القاضي أو من ينيبه ممن تتوافر فيه صفة العدالة . وهذا هو معنى تفويض التقدير إلى حكومة العدل فيما يجرى على ألسنة الفقهاء . وتشبه حكومة العدل فى ضمان التعدى عقوبة التعزير لتفويض التقدير فيهما للقاضى . ويرشد هذا المفهوم إلى وجود قاعدة عامه فى الفقه الإسلامى ، هى أن التعدى على البدن الإنسانى يوجب التعويض المفوض تقديره للقاضى إذا لم يحدد الشارع مقداره . ويدخل فى هذا النوع من الأروش الإصابات التالية :

---

(١) سبق توضيح معانى هذه الشجاج .

(١) انظر الآثار المتعلقة بالواجب فى الشجاج والجراح فى المصنف لابن أبى شيبة ١٤١/٩ ، ١٤٨ ، ونصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى : ٣٧٥/٤ ، ومصنف عبد الرزاق : ٣٠٥/٩ وما بعدها ، والمحلى لابن حزم : ٤٥٨/١٠ ، والسنن الكبرى للبيهقى : ٨١/٨ .

(أ) إبانة جزء عضو ، كقطع بعض الأنف ، وكقطع بعض اللسان مما لا يمنع الكلام ، أما إذا امتنع الكلام ففيه الدية كاملة[٢] .

(ب) نقص منفعة العضو (العجز الجزئى) ، كأن يصيبه إصابة تمنعه عن المشى المتتابع ولا تمنعه عن الحركة ، أو تؤثر على نطقه أو بصره أو حاسة الذوق عنده . وقد روى عن سعيد بن المسيب أن رجلا أصاب عين رجل فذهب بعض بصره وبقى بعض ، فرفع ذلك إلى على فأمر بعينه الصحيحة فعصبت وأمر رجلا ببيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك علما . قال : ثم نظر فى ذلك فوجده سواء . فقال أعطوه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر)[١] . وعلى الرغم من التسليم بالمبدأ القاضى بإعطاء المتضرر نسبة من دية العين تماثل نسبة العجز التى لحقتها فإن المعيار المنسوب للإمام على رضى الله عنه فى تقدير نسبة العجز أو النقص فى الاصطلاح الفقهى معيار لا يكشف عن الحقيقة فيما يلاحظ الشعبى ، لأنه يعتمد على إخبار المتضرر عن حال نفسه ، ومن مصلحته التقدير بارتفاع نسبة العجز فيتهم . وهذا هو معنى قول الشعبى فى تعليقه على ما نسب إلى الإمام على فى الذى أصيبت عينه حيث أراه البيضة ، بأنه : (إن شاء زاد فى عينه التى يبصر بها ، فقال إنه يبصر بها أكثر مما يبصر بها ، وإن شاء نقص من عينه التى أصيبت فقال إنه لا يبصر بها وهو يبصر بها . ولكن أمثل من ذلك أن ينظر طبيب ما يرى فينظر ما نقص منها)[٢] . ولو ضرب الرجل فبح واعترضت صوته خشونة ، أو (غنّ) وخرج الصوت من أنفه اعتبر ذلك إذهابا لمنفعة الكلام ووجبت فيه الدية[٣] . أما إذا ثقل كلامه فيقدر الواجب بحساب النقص . ويشبه هذا – على سبيل المقارنة أسلوب حساب الواجب فى العجز الجزئى عند أهل القانون .

(ج) إبانة الأعضاء غير الصحيحة كلسان الأخرس وعين الأعور والإصبع الزائدة ويد الأشل وما يماثله . وهو مذهب الحنابلة والشافعية

---

(٢) مصنف ابن أبى شيبة : ١٧٨/٩ .

(١) السابق : ١٧٢/٩ .
(٢) السابق .
(٣) السابق : ١٧٠/٩ .

والأحناف . جاء فى المبسوط : (وفى لسان الأخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء ... حكم عدل بلغنا ذلك عن إبراهيم . وهذا لأن إيجاب كال الأرش فى هذه الأعضاء باعتبار تفويت المنفعة الكاملة ، وذلك لا يوجد لأن منافع هذه الأعضاء كانت فائتة قبل جنايته(1) .

ويخالف المالكية الجمهور ويرون وجوب الدية كاملة فى قطع العضو غير

---

(٤) قد يوضح هذا الأسلوب قضية المجلس البلدى بالخرطوم ضد ميشيل قطران التى نظرتها المحكمة العليا بالخرطوم عام ١٩٥٨ . وموضوع هذه القضية التى كانت محكمة الدرجة الأولى قد نظرتها قبل هذا التاريخ أن ميشيل قطران قاضى جزئى المحكمة العليا بالخرطوم كان دعى إلى حفل أقامته السفارة العراقية بالخرطوم فى السابعة مساء اليوم الثانى من مايو ١٩٥٧ الموافق لليوم الثانى من شوال ، حيث لا يظهر القمر فى هذا الوقت من الشهر ، فبدا الطريق مظلما لحظة وصول القاضى أمام السفارة فى الثامنة إلا ربعا من مساء تلك الليلة . وفى طريقه من مكان وقوف السيارة التى جاء فيها إلى مدخل السفارة ، حيث تقدر المسافة بينهما بحوالى خمسة عشر مترا ، سقط المدعى فى مجرى عرضه حوالى مترين ونصف . وقد ثبت أن المجلس البلدى لمدينة الخرطوم هو الذى حفر هذا المجرى قبل الحادث بخمس سنوات ، وأنه لم يكن هناك غطاء فوقه أو نور أو علامات تدل عليه أو أعمدة تحيط به ، وإنما أقام المجلس هذه الأعمدة بعد ذلك . وقد خرج المدعى من هذا المجرى وهو يعانى آلاما شديدة ، فذهب إلى بيته على أمل الشفاء مما يعانيه . ولم تخف هذه الآلام فعرض نفسه على إحدى اللجان الطبية الحكومية التى نصحته بالسفر إلى لندن للعلاج ، فوصلها فى السادس العشرين من الشهر نفسه . وأثبت الكشف الطبى فى اليوم التالى لوصوله ١٩٥٧/٥/٢٧ أن المدعى يعانى من تهشم فى مفاصل القدم ، وهو يؤدى إلى (عجز مستديم) ، من ناحية أنه سيكون بقدمه عرج لا يسمح له بالسير على أرض غير مستوية إلا بمعاناة فى المشى . ومن المحتمل أن التهابات المفاصل قد تزداد فيما بعد) . وقدر الأطباء المعالجون نسبة العجز فى حدود ٦٥٪ إلى ٧٥٪ . (وروى المدعى للمحكمة الآلام والمتاعب التى عاناها .. والآلام التى لا يزال يقاسى منها فى سيره ، وحرمانه من المجتمعات التى كان يغشاها والمصاعب التى يجدها أثناء عمله بالمحكمة) . وقد اضطر المدعى لإجراء عملية خطيرة استلزمت استئصال بعض عظام القدم للتخفيف من الآلام التى يعانيها . وقد صدر حكم محكمة أول درجة بتقدير التعويض بـ ٧,٣٣٢,٨٥٠ جنيها ، منها ٢,٣٣٢,٨٥٠ من الجنيهات تعويضا خاصا فى مقابل النفقات التى تحملها ، والباق وقدره خمسة آلاف جنيه تعويضا عاما عن الإصابة التى لحقت به من إهمال المجلس البلدى . والذى يلتفت إليه من هذه القضية فى هذا السياق هو أسلوب تقدير العجز المتبع الآن وإمكان مقارنته بالأسلوب الذى أشار إليه الشعبى . انظر هذه القضية فى أصول المسئولية التقصيرية فى قانون المعاملات المدنية الإسلامى السودانى للدكتور محمد شتا أبو سعد ص ١١٨ وما بعدها .

(١) المبسوط ٨٠/٢٦ ، وانظر : المهذب للشيرازى : ٢٠٦/٢ ، وكشاف القناع للبهوتى : ٥٠/٦ .

الصحيح ، هذا هو الراجح فى مذهبهم . والمرجوح أن فى قطع العضو غير الصحيح حكومة عدل[٢] .

(د) الجروح والشجاج التى لم يوجب الشارع فيها شيئا مقدرا . وينصرف ذلك فى الجراح إلى ما عدا الجائفة وفى الشجاج إلى الخارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق ، لأنها ليس فيها جميعا شىء قدره الشارع[٣] .

(هـ) أرش الألم فى الجراحات التى برئت من غير شين على الخلاف السابق ذكره بين أئمة المذهب الحنفى . وقد رجحت نسبة القول بضمان أرش الألم لمحمد بن الحسن ، للعلاقة بين القول بضمان أرش الألم وبين ضمان المنافع على الرغم من وجوب التفريق بين هذين النوعين من الضمان[١] .

ويتألف ضابط اعتبار أرش الألم فى منصوص فقه الأحناف من الأمور التالية :

أولهما : أن يكون مسبب الألم فعلا غير مشروع .

والثانى : أن تكون نتيجة هذا الفعل ملموسة مادية . ويفترق الألم الموجب للتعويض فى هذا عن مجرد الحزن .

والثالث : ألا يدخل موجب هذا الفعل ونتيجته فى الأروش المقدرة .

وقد تكرر ذكر أرش الألم فى كتب الأحناف بخصوص مسألة معينة ، هى مسألة شفاء الجرح على غير شين . وأجد مع هذا أن من المستحسن التوسع فى تفسير الألم الموجب للأرش بما يشمل النتائج غير المادية من الإهانات والضرب

---

(٢) حاشية الدسوقى : ٢٧٣/٤ .

(٣) البدائع : ٣١٦/٧ وما بعدها .

(١) لعل فى قضية Wise V. Kaye (١٩٦٢) ما يوضح هذه العلاقة ، حيث دخلت المصابة فى غيبوبة استمرت عقب إصابتها حتى انتهاء المحاكمة ، وهى فترة بلغت ثلاث سنوات ونصف السنة . وهى قد فقدت طاقاتها وقدراتها Amenities هذه الفترة ، فحكم لها بالتعويض عن هذا الضرر . ولم يقض لها بتعويض كامل عن الألم الذى تسببه هذه الإصابة لأنها لم تستشعره بهذه الغيبوبة . وقد تأكد هذا التفريق بعد ذلك فى قضايا مماثلة : انظر Dias and Markesinis, Tort Law, P. 413 .

واللطم الذى لا يترتب عليه أثر مادى ملموس ، وسيرد توضيح هذا القياس فى مناسبته .

ويرشد هذا كله إلى نتيجة مؤداها أن أكثر الإصابات التى تلحق البدن غير متماثلة ، ويجب فيها التعويض المفوض تقديره إلى القاضى .

٣٧١ - وقد جاء فى المادة ٢٦٣ من مشروع القانون الجنائى المصرى طبقا للشريعة الإسلامية إجمال أحوال (تقدير المستحق من الدية بمعرفة المحكمة) على النحو التالى : (تقدر المحكمة الجزءالمستحق من الدية للمجنى عليه إذا نشأ عن إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المواد الأربع السابقة قطع جزء من العضو أو فقد جزئى من منفعة عضو أو جرح غير نافذ أو أية إصابة ليس فيها جزء مقدر من الدية . ويكون تقدير الجزء المستحق من الدية بحسب جسامة الاعتداء والضرر المترتب عل الجريمة مع مراعاة النسب المحددة فى هذا الباب . وللمحكمة أن تستعين فى تحديد الضرر برأى أهل الخبرة) .

أما إجراءات التحقيق الابتدائى فى هذه الإصابات بإثباتها ووصفها وصفا كافيا وجمع المعلومات والبيانات حول أسباب حدوثها وإحالة المصاب إلى الطبيب المختص ، فقد أجملت هذه كله المادة ٢٧٢ . وتحدد المادتان ٢٧٣ ، ٢٧٤ من هذا المشروع أسلوب إعلان المدعى عليه أو من ينوب عنه قانونا بحقوقه الناشئة عن الجناية . أما الأحكام المتعلقة بغياب المجنى عليه أو من ينوب عنه فقد جاءت فى المادة ٢٧٥ التى تضمنت النص على حق النيابة العامة فى المطالبة بالدية أو الأرش إذا كان المجنى عليه عديم الأهلية أو ناقصها . ويسرى على المجنى عليه أحكام المدعى بالحقوق المدنية وعلى العاقلة أحكام المدعى عليه بهذه الحقوق فى قانون الإجراءات الجنائية ، طبقا لما جاء فى المادة ٢٧٧ من هذا المشروع .

٣٧٢ - غرة الجنين : إذا انفصل الجنين عن أمه ميتا بجناية عليها فعلى الجانى غرة : عبد أو أمة ، تبلغ قيمة أى منهما نصف عشر الدية . وقد (روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى فى الجنين يقتل فى بطن أمه بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذى قضى عليه : كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ، ومثل ذلك يطل ، فقال رسول الله ﷺ : إن هذا من إخوان

الكهان .. وعن أبى هريرة أن امرأتين من هذيل استبتا فى زمن رسول الله ﷺ فرمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبد أو وليدة . قال محمد : وبهذا نأخذ ، إذا ضرب بطن المرأة الحرة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو أمة أو خمسون دينارا أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية . فإن كان من أهل الإبل أخذ منه خمس من الإبل وإن كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشياه ، نصف عشر الدية[1] . (لكن لو انفصل الجنين عن الأم حيا ثم مات من الجناية ففيه الدية كاملة . وإنما تعرف حياته بظهور أماراتها الطبيعية كالاستهلال عقب انفصاله . أما لو قتلت الأم ثم خرج الجنين بعد ذلك ميتا فلا شيء فى الجنين ، وعليه فى الأم الدية . وإن كان فى بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موتها وخرج الآخر بعد موتها وهما ميتان ، ففى الذى خرج قبل موتها خمسمائة ، ولا يرث من دية أمه ولها ميراثها منه ، وليس فى الذى خرج بعد موتهاشيء)[2] .

ويرى المرحوم الشيخ أبو زهرة أن (تقدير الغرة بنصف عشر الدية على أساس أن غرة الجنين تكون بعشر دية أمه . ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فإن دية الجنين تكون نصف عشر الدية العامة للرجال ، وأن ذلك رأى الأكثرين حتى ادُّعِى الإجماع عليه) . أما هو فيرجح المساواة بين دية المرأة ودية الرجل ، ولذا يرى مضاعفة الغرة وتقديرها بعشر دية الرجل .

ولتقويم هذا الرأى وإعطائه حقه من التقدير تلزم الإشارة إلى الأمور التالية :

(أ) تفيد الآثار أن الجنين لم يكن فيه شيء قبل الإسلام ، وهذا هو ما عناه سائل النبى ﷺ بلغة مسجوعة سجع الكهان ، حيث ذكر أن دم الجنين الذى لم تبد عليه مظاهر الحياة يهدر .

(ب) يستفاد من الآثار أن النبى ﷺ لم يضع قاعدة التقدير للواجب فى الجنين بالعشر أو نصفه ، وأنه إنما قضى فى واقعة معينة بإيجاب عبد أو أمة . بل

---

(١) موطأ محمد بن الحسن : ص ٢٩٣ .

(٢) المصنف لابن ابى شيبة : ٩/٤٦٤ .

إن هذه الواقعة لم تكن معروفة لكثير من الصحابة ، لذا استشار عمر رضى الله عنه الناس فى الواجب فى إجهاض المرأة ، وحينما روى المغيرة هذه الواقعة طالبه عمر بشاهد آخر يؤيدها .

(جـ) الفقهاء هم الذين قربوا قيمة العبد أو الأمة التى قضى بها النبى ﷺ إلى التقدير بنصف عشر الدية . لم تنسب السنة غرة الجنين إلى دية الأب أو الأم ، وإنما قضى النبى ﷺ بعبد أو أمة فى الغرة ، ووجد الفقهاء فيما بعد أن قيمتها تقترب من نصف عشر الدية العامة ، فقدروا الغرة هذا التقدير .

والحاصل أن زيادة الواجب فى غرة الجنين ، بناء على مساواة دية المرأة بدية الرجل ، أمر يفتقر إلى الأسس التى تسوغه .

٣٧٣ - وإنما يستحق الغرة ورثة الجنين ، لأن العدوان وقع عليه والغرة وجبت له فتنتقل إلى ورثته . ولو تسببت الأم فى الإجهاض بأن تعاطت دواء أو فعلت فعلا أدى إليه لم ترث من الغرة الواجبة عليها أو على عاقلتها ، لأنه لا ميراث لقاتل . ويدل هذا على اعتبار الشارع للجنين فى نفسه دون أمه . وهذا هو مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعى وأصحابه[1] . وهو مذهب الحنابلة كذلك ؛ ففى كشاف القناع أن الغرة موروثة عن الجنين ، (لأنها دية آدمى حر فوجب أن تكون موروثة عنه ، كما لو ولدته حيا ثم مات . وقال الليث : هى لأمه ولا يورث عنه غيرها)[2] . ويعتبر الليث العدوان على الجنين عدوانا على جزء من أجزاء الأم فتستحق التعويض عنه وحدها ، وما تأخذه بهذا التقدير لا يدخل فى الميراث ، وإلا لاشترك معها فى ميراثه من يدلى إلى الجنين بسبب يوجب التوريث . وأجد لهذا أن حكاية البهوتى مذهب الليث فى استحقاق الأم غرة جنينها بلفظ التوريث ليست دقيقة . ولا يعقل ألا يتفطن الليث إلى ما هو من ضرورة مذهبه .

٣٧٤ - دية المرأة : على الرغم من اتجاه جمهور الفقهاء إلى الحكم

---

(١) المبسوط : ٨٩/٢٦ ، وبداية المجتهد : ٤٠٨/٢ ، والمحلى ٣٢/١١ ، وحاشية الدسوقى : ٢٦٩/٤ .
(٢) كشاف القناع : ٢٤/٦ .

بتصنيف دية المرأة بوجه العموم فقد تعددت الآراء فى هذه الدية بوجه التحديد على النحو التالى : .

الرأى الأول : أن دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس وما دونها .
وهو مذهب على بن أبى طالب وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما ؛ ففى الأم عن محمد ابن الحسن عن محمد بن أبان عن حماد عن إبراهيم عن عمر بن الخطاب وعلى أنهما قالا : عقل المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وما دونها[1] . وأخرج محمد بن الحسن هذا الأثر عن على وعمر[2] . غير أن الإمام أبا يوسف لم يخرجه فى آثاره ، وإنما أشار إليه فى خراجه بلفظ : (حدثنا ابن أبى ليلى عن الشعبى قال : كان على رضى الله عنه يقول : دية المرأة فى الخطأ على النصف من دية الرجل فيما دق وجل)[3] . وأخرجه ابن خسرو فى جامع مسانيده[4] والبيهقى فى سننه[5] . ويستدل أصحاب هذا الرأى لمذهبهم بما رواه معاذ بن جبل عن النبى ﷺ أنه قال : « دية المرأة نصف دية الرجل » . وقد أخرجه البيهقى وقال فيه (روى بإسناد لا يثبت مثله) ، وتناقل الناس عنه هذه العبارة[6] . ويخطىء بعض المؤلفين فى نسبة هذه الجملة (دية المرأة نصف دية الرجل) إلى حديث عمرو بن حزم الطويل ، فيما يلاحظ الحافظ ابن حجر العسقلانى ، وهى ليست فيه وإنما أخرجها البيهقى من حديث معاذ بإسناد لا يقوى على إثباته[7] . وقد أخذ بهذا الرأى كل من الأحناف والشافعية وابن شبرمة والليث والثورى مستدلين بحديث معاذ . وعبارة أحد المدافعين عن هذا الرأى أن حديث معاذ (إن لم يكن يصلح للاحتجاج فهو لا يسقط عن درجة الاستشهاد)[8] .

---

(١) الأم للشافعى : ٢٨٢/٧ .
(٢) الآثار : ص ١٠١ ، والحجج المبينة فى الرد على أهل المدينة : ٢٧٨/٤ ، ٢٨٥ ، والأصل أو المبسوط : ٤٥٢/٤ .
(٣) الخراج لأبى يوسف : ص ٩٥ . (٤) جامع المسانيد : ١٨٠/٢ . (٥) السنن الكبرى : ٩٦/٨ .
(٦) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير : ٢٤/٤ ، ونيل الأوطار للشوكانى : ٢٢٥/٧ ، وإعلاء السنن : ١٦٦/١٨ .
(٧) التلخيص الحبير : ٢٤/٤ ، وإعلاء السنن : ١٦٧/١٨ .
(٨) إعلاء السنن : ١٦٦/١٨ ، ونيل الأوطار : ٢٧٧/٧ .

الرأى الثانى : دية المرأة على النصف من دية الرجل إلا فى أرش الموضحة وأرش السن فإنهما سواء وينسب هذا الرأى إلى ابن مسعود وشريح ، كما ينسبه البعض إلى عمر كذلك . فعن (شريح أن هشام بن هبيرة كتب إليه يسأله ، فكتب إليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فيما دق وجل . وكان ابن مسعود يقول فى دية المرأة فى الخطأ على النصف من دية الرجل إلا السن والموضحة فهما فيه سواء[1] . وأخرج ابن أبى شيبة عن مغيرة عن إبراهيم النخعى عن شريح ، قال أتانى عروة البارقى من عند عمر أن جراحات الرجال والنساء تستوى فى السن والموضحة ، وما فوق ذلك فدية المرأة على النصف من دية الرجل)[2] . ويضيف عمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير ، فيما أخرج ابن أبى شيبة ، إلى السن والموضحة المنقلة ، فعن عمر بن عبد العزيز أنه قال : (فى موضحة المرأة ومنقلتها وسنها مثل الرجل فى الدية)[3] . ويتأيد هذا الاستثناء بافتراض أن الدية من المقدرات التى لا تنقل إلا سماعا ، فكأن ابن مسعود قد سمعه من النبى ﷺ[4] .

الرأى الثالث : التسوية بين الرجل والمرأة إلى ثلث ديتها ، فإن زادت على الثلث فلا تأخذ إلا نصف ما يأخذه الرجل . يوضحه ما روى عن ربيعة ابن أبى عبد الرحمن ، قال : (قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة ؟ قال : عليه عشر من الإبل ، قلت : فإن قطع أصبعين منها ؟ قال : عليه عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاثة أصابع ؟ قال عليه ثلاثون من لإبل . قلت فإن قطع أربعة أصابع منها ؟ قال عليه عشرون من الإبل . قلت سبحان الله ، لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها ؟ قال : أعراق أنت ؟ فقلت لا ، بل جاهل مسترشد أو عاقل مستفت . فقال : إنه السنة)[5] . ويكشف هذا الحوار عن المعانى التالية :

---

(١) المصنف لابن أبى شيبة : ٣٠٠/٩ .

(٢) السابق .

(٣) السابق : ٣٠١/٩ .

(٤) انظر المبسوط للسرخسى : ٧٩/٢٦ .

(٥) السابق ، رواه مالك فى الموطأ ، وابن أبى شيبة فى المصنف : ٣٠٢/٩ ، والشوكانى فى نيل الأوطار : ٢٢٥/٧ .

(أ) غرض ربيعة من السؤال عن دية الأصبع والأصبعين والثلاثة هو إبراز تناقض القائلين بتنصيف الواجب للمرأة فيما زاد عن ثلث الدية . ولذا غضب أستاذه من ملاحظاته ولامه على قصده فيما يدل عليه سؤاله : أعراقى أنت ؟

(ب) ينكر ربيعة فيما تبديه عبارته ألا يطرد الواجب مع الضرر زيادة ونقصا فيما يستنبط من النصوص الشرعية بعموم معنوى يشبه العموم اللفظى فى قوة الاحتجاج .

(جـ) فهم الشافعى من قوله (هى السنة) معنى سنة النبى ﷺ فترة ثم بان له أن المقصود هو سنة المدينة ؛ ففى التلخيص عن ابن جريج قال الشافعى : كان مالك يذكر أن التنصيف للمرأة بعد الثلث هو السنة ، (وكنت أتابعه عليه وفى نفسى منه شيء ، ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة فرجعت عنه)[1] .

وإنما ينسب هذا الرأى إلى زيد بن ثابت ، فقد أخرج ابن أبى شيبة أن زيد بن ثابت كان يقول : (دية المرأة فى الخطأ مثل دية الرجل حتى تبلغ ثلث الدية ، فما زاد فهو على النصف)[2] . ولا حجة لمن يقول به من السنة إلا ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديته » ، رواه النسائى والدار قطنى وصححه ابن خزيمة[3] . لكن ابن حجر يذكر انقطاع إسناد الحديث[4] . ويبدو أنه هو ما كان عليه العمل فى المدينة بدليل ملاحظة الشافعى السابقة .

الرأى الرابع : التسوية بين دية الرجل ودية المرأة إلى النصف ، فإذا بلغت النصف أخذت نصف ما يستحقه الرجل . وينسب ابن أبى شيبة هذا الرأى إلى الحسن البصرى ، فعن ابن عون عن الحسن أنه قال : (يستوى جراحات الرجال والنساء إلى النصف ، فإذا بلغت النصف فهى على النصف)[5] .

---

(١) التلخيص الحبير : لابن حجر ٢٥/٤ .
(٢) المصنف : ٣٠٠/٩ .
(٣) نيل الأوطار للشوكانى : ٢٢٤/٧ .
(٤) التلخيص الحبير : ٢٣/٤ .
(٥) المصنف : ٣٠١/٩ .

– الرأى الخامس : المماثلة بين دية المرأة ودية الرجل مطلقا فى النفس وما دونها . ولا أدرى كيف نسب ابن أبى شيبة هذا الرأى إلى على ، ففى المصنف حدثنا أبو بكر قال : حدثنا حفص عن الشيبانى وإسماعيل عن الشعبى عن على قال : (تستوى جراحات النساء والرجال فى كل شىء)[1] . ولا تحمل نسبة هذا الرأى للإمام على إلا على وجه الخطأ ، فالذى تناقلته الكافة من مذهبه أنه كان يرى التنصيف مطلقا . وإنما ينسب هذا الرأى إلى كل من ابن علية وأبى بكر الأصم . ومستند هذا الرأى هو العموم الوارد فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾[2] . وللمساواة بين الرجل والمرأة فى الإنسانية والحرمة وفى إيجاب القصاص فيجب أن يستويا فى بدل عقوبة القصاص وهو الدية[3] .

٣٧٥ – فى العصر الحديث : ذهب عدد من الأعلام فى العصر الحديث إلى مساواة دية المرأة بدية الرجل . ولعل الشيخ محمد عبده هو أقدم من دعا إلى هذه التسوية فى هذا العصر . ورأيه وجوب اتحاد قدر الدية بالنسبة لجميع الناس ، بناء (على أن الدية فى مقابلة الدم فقط ، والناس فى نظر الشريعة من هذه الحيثية سواء)[4] .

وقد تابعه فى هذا الرأى الشيخ محمود شلتوت رحمه الله ؛ إذ يرى أنه (إذا كانت إنسانية المرأة من إنسانية الرجل ودمها من دمه والرجل من المرأة والمرأة من الرجل وكان القصاص هو الحكم بينهما فى الاعتداء على النفس وكانت جهنم والخلود فيها وغضب الله عليه ولعنته هو الجزاء الأخروى فى قتل المرأة ، كما هو الجزاء الأخروى فى قتل الرجل فإن الآية فى قتل المرأة خطأ هى الآية فى قتل الرجل خطأ . ونحن ما دمنا نستقى الأحكام أولا من القرآن فعبارة القرآن فى الدية عامة

---

(١) السابق : ٣٠١/٩ .

(٢) النساء : ٩٢ .

(٣) انظر نسبة هذا الرأى إلى ابن علية والأصم فى المغنى لابن قدامة .

(٤) تفسير المنار .

مطلقة لم تخص الرجل بشىء منها عن المرأة : (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) ، وهو واضح فى أنه لا فرق فى وجوب الدية بالقتل الخطأ بين الذكر والأنثى)[1] .

وممن أخذ بهذا الرأى كذلك المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة الذى انتقد مذهب تنصيف الواجب للمرأة بأن القائل به قد (نظر إلى المالية ، ولم ينظر إلى الآدمية وإلى جانب الزجر للجانى . والحقيقة أن النظر فى العقوبة إلى قوة الإجرام فى نفس المجرم ومعنى الاعتداء على النفس الإنسانية ، وهى قدر مشترك عند الجميع لا يختلف باختلاف النوع .. وعلى ذلك ينبغى أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء ، إذ هى عقوبة الدماء ، ولأن التعدى بقتل رجل كالتعدى بقتل امرأة على سواء ، ولذلك ترجح كلام أبى بكر الأصم . والنصوص أكثرها أخبار آحاد والتوفيق بينها ممكن ، ولا يمكن ترجيح خبر على خبر ، والآية صريحة فى عموم أحكام الدية فى القتل الخطأ ، لأن الله تعالى يقول : ﴿ فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ ، والنبى ﷺ بين الدية بقضية عامة ، وهى مائة من الإبل[2] .

وقد رجح المستشار على على منصور المماثلة بين الرجل والمرأة استنادا إلى عموم قوله ﷺ : « إن فى النفس مائة من الإبل » ، وإلى وجوب النظر فى تقدير الدية إلى الاعتداء على النفس الإنسانية ، وهى واحدة ، ولا يكون للأنصبة فى الميراث أو لمعنى منفعة المرأة واختلافها عن منفعة الرجل ، ويؤيد هذه التسوية ، بتعبيره ، (كثير من الفقهاء المحدثين)[3] .

وقد أسفر الاتجاه إلى تسوية الواجب فى دية المرأة بما هو واجب للرجل منها عن تبنى مشروع قانون العقوبات المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المساواة فى الواجب لهما . وتضم اللجنة التى عهد إليها بصياغة هذا المشروع عددا

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة : ص ٢٤٥ .
(٢) الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، العقوبة : ص ٥٧٣ .
(٣) الإسلام مقارنا بالقوانين الوضعية لعلى على منصور : ص ١٤٠ .

كبيرا من المتخصصين فى الفقه الإسلامى ، من بينهم عدد من رؤساء أقسام الفقه بالجامعات المصرية ووزراء الأوقاف وشئون الأزهر وشيخ الأزهر ورئيس جامعته . وفى المادة ٢١٢ من هذا المشروع أن (دية المقتول ذكرا أو أنثى ، مسلما أو غير مسلم أربعة آلاف ومائتان وخمسون جراما من الذهب الخالص . ويقوم جرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة من مصلحة دمغ المصوغات والموازين) .

ولم يكن الأمر بهذا اليسر فى الباكستان ، حيث أصرت اللجنة التى عهد إليها بصياغة مشروع قانون القصاص والديات عام ١٩٨٥ وما بعدها على تنصيف الدية ، على الرغم من الجهود العنيفة التى بذلت لإثناء اللجنة عن رأيها . وشنت الحركة النسائية حملة مكثفة على هذا المشروع فى الصحافة ووسائل الإعلام والمجالس النيابية ، وعملت على تنظيم المظاهرات والاحتجاجات التى أدت فى النهاية إلى تعطيل إقرار هذا المشروع طيلة السنوات السابقة . وقد تألفت حديثا لجنة أخرى لإعداد مشروع جديد للقصاص والديات . ولا أجد حرجا فى إبداء ما ذكرته لأحد أعضاء هذه اللجنة خاصا بترجيح التسوية فى دية المرأة على ما ذهب إليه الجمهور فى التنصيف ، رغبة فى إضعاف الجبهة المعادية لإقرار هذا المشروع وتطبيقه . وأجد أن هذه مصلحة مرسلة ، بمعنى أن الشارع لم يبين حكم نوعها وإن أرشدت نصوص كثيرة إلى وجه اعتبار الشارع لجنسها . ذلك أن فى تيسير إقرار هذا المشروع حفظ الدين ، وتطبيقا لشرع الله عز وجل . وإذا صرفنا النظر عن هذه الضغوط الاجتماعية التى تفرض التسوية فإن اتجاه عدد من أساتذه الفقه الإسلامى إلى ترجيح التسوية ، وما ساقوه من أدلة ، مما يؤيد هذا الاتجاه .

٣٧٦ – دية غير المسلمين : اختلف آراء الفقهاء منذ عصر الصحابة اختلافا بينا فى تقدير دية المعاهد على النحو التالى :

الرأى الأول : دية الكتابى نصف دية المسلم ، ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم . دليله ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال :

« عقل الكافر نصف دية المسلم » ، رواه أحمد والنسائى والترمذى[1] . وهو مذهب عمر بن عبد العزيز الذى أخرج له ابن أبى شيبة قوله : (دية المعاهد على النصف من دية المسلم)[2] . وقد أخذ المالكية والحنابلة بهذا الرأى[3] .

الرأى الثانى : دية الكتابى ، يهوديا أو نصرانيا ، ثلث دية المسلم ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسىّ ثمانمائة درهم[4] . ويبدو لى أن منشأ هذا الحكم اتباع مألوف أهل الذمة فى ودى قتلاهم ، فقد أخرج ابن أبى شيبة عن سليمان بن يسار قوله : (كان الناس يقضون فى الزمان الأول فى دية المجوسى بثمانمائة ويقضون فى دية اليهودى والنصرانى بالذى كانوا يتعاقلون به فيما بينهم ، ثم رجعت الدية إلى ستة آلاف درهم)[5] .

الرأى الثالث : دية الذمى مثل دية المسلم ، فعن ابن مسعود أنه قال : (من كان له عهد أو ذمة فديته دية الحر المسلم) . وعن مجاهد وعطاء وعلقمة مثله . وعن الشعبى وإبراهيم أنهما قالا : (دية اليهودى والنصرانى والمجوسى والمعاهد مثل دية المسلم . نساؤهم على النصف من دية الرجال . وكان عامر (أى الشعبى) يتلو هذه الآية : ﴿ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ﴾[6] .

وترشد بعض الآثار إلى أن حدوث تنصيف الدية كان على عهد معاوية ؛ فقد أخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى ، قال : (كانت دية اليهودى والنصرانى فى زمن النبى ﷺ مثل دية المسلم ، وأبى بكر وعمر وعثمان ، فلما كان معاوية أعطى أهل القتيل النصف وألقى النصف فى بيت المال . ثم قضى عمر

---

(١) نيل الأوطار : ٢٢١/٧ .
(٢) المصنف : ٢٨٨/٩ .
(٣) حاشية الدسوقى : ٢٦٨/٤ ، وكشاف القناع : ٢١/٦ .
(٤) المهذب : ١٩٧/٢ .
(٥) المصنف : ٢٨٩/٩ .
(٦) أخراج هذه الآثار ابن أبى شيبة فى المصنف : ٢٨٦/٩ .

ابن عبد العزيز فى النصف وألغى ما كان جعل معاوية . قال الزهرى : ولم يقض لى أن أذاكر عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة . قلت للزهرى : بلغنى أن ابن المسيب قال : ديته أربعة آلاف . فقال : إن خير الأمور ما عرض على كتاب الله تعالى : ﴿ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ﴾[1] .

وقد تمسك الأحناف بعموم آية الدية فى التسوية بين المسلم والذمى في الواجب له فى النفس وما دونها ، ولم يعتضدوا بهذا العموم نفسه فى تقدير الواجب للمرأة . ولعل المعنى فيه أن الآثار الواردة فى تنصيف الواجب لأهل الذمة لم تبلغ عندهم قوة الآثار الواردة فى التنصيف للمرأة .

---

(١) إعلاء السنن : ١٦٠/١٨ وانظره فى نصب الراية للزيلعى ، وبدائع الصنائع : ٢٥٥/٧ .

المبحث الخامس : **العاقلة**

٣٧٧ – مفهوم العاقلة : تتحمل العاقلة الدية أو جزءها إذا لم تجب فى مال الجانى . وإنما تجب فى مال الجانى فى الأحوال التالية :

١ – إذا وقعت الجريمة عمدا ، فالقاعدة أن العاقلة لا تحمل عمدا .

٢ – إذا وقعت الجريمة خطأ وثبتت بإقرار الجانى ، فالقاعدة أن العاقلة لا تحمل اعترافا إلا إذا صدقته العاقلة أو ثبتت الجريمة بأدلة أخرى غير مجرد الإقرار .

٣ – إذا كان الواجب من الدية قد ثبت بالصلح ، إذ لا تعقل العاقلة صلحا .

٤ – إذا كان الواجب من الدية أقل من الحد الذى تتحمله العاقلة على اختلاف فى ذلك ؛ فالإمام الشافعى لا يثبت حدا لأقل ما تتحمله العاقلة ، ويوجب القليل والكثير عليها ، على حين لا يوجب الإمامان مالك وأحمد من الدية على العاقلة إلا ما بلغ الثلث أو زاد عنه . أما أبو حنيفة فيوجب على الجانى تحمل ما دون نصف العشر من الدية ، استنادا إلى أن النبى ﷺ قضى بالغرة ، وهى نصف العشر ، على العاقلة . وقد تمسك الأحناف بما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة »[1].

ويغلب معنى العقوبة بالدية التى تشبه الغرامة فى هذه الأحوال ، حتى لا يجب على أحد أن يواسيه فيها ، بخلاف هذه الأحوال الأخرى التى تجب فيها الدية على العاقلة ، حيث يغلب معنى التعويض والمواساة .

---

(١) انظر فى ذلك : المهذب : ٢١١/٢ ، وكشاف القناع : ٦٢/٦ ، وحاشية الدسوقى : ٢٨٢/٤ ، وبدائع الصنائع : ٢٥٥/٧ ، وإعلاء السنن : ٢٨٨/١٨ وما بعدها .

٣٧٨ – وإنما تجب الدية أو جزؤها على العاقلة فى جرائم الخطأ وما يشبهها كجنايات الصبى والمجنون ، شريطة ألا تثبت الجريمة بإقرار الجانى ، وذلك خشية التواطؤ وإلزام الغير بالإقرار على النفس ، وهو حجة قاصرة .

والعقل هو المنع ، وسميت العاقلة كذلك لأنها تمنع الجانى وتنصره . وتسمى الدية عقلا لأنها تمنع سفك الدماء ، والمعقلة بمعنى الدية كذلك ، وجمعها معاقل . أما العاقلة فجمعها عواقل . وكانت تطلق العاقلة أول الأمر على عشيرة الرجل ، لأنهم أهل نصرته . قال محمد بن الحسن : (بلغنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض العقل على أهل الديوان ، لأنه أول من وضع الديوان ، فجعل فيه العقل . وكان العقل قبل ذلك على عشيرة الرجل فى أموالهم ، فالعقل على أهل الديوان من المقاتلة)[1] . وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء فى تحديد المقصود بالعاقلة فإنهم يتفقون على أن المناط فيها هو الاشتراك مع الجانى فى معنى التناصر .

٣٧٩ – ويفسر الأحناف العاقلة التى يكون بها التناصر تفسيرا يستند إلى مسلك الخليفة الثانى ، فجعلوا العقل على أهل الديوان ، حيث صارت قوة المرء ونصرته بأهل ديوانه . فإذا لم يكن للجانى ديوان فإن العقل ينتقل إلى قبيلته من النسب (لأن استنصاره بهم ، وإن كان القاتل معتقا أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : مولى القوم منهم . ثم عاقلة المولى الأعلى (أى السيد) قبيلته إذا لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقلة مولاه (أى عبده السابق) ، ولأن استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته . هذا إذا كان للقاتل عاقلة . أما إذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربى أو الذمى الذى أسلم فعاقلته بيت المال فى ظاهر الرواية)[2] .

ويتفق المالكية فى الراجح من مذهبهم مع ما أخذ به الأحناف فى تفسير العاقلة ؛ ففى الشرح الكبير تقديم أهل الديوان ، وهو (اسم للدفتر الذى يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وعطاؤهم ، إذا انتظم وكانت لهم رواتب وكمل عددهم

---

(١) المبسوط أو الأصل لمحمد بن الحسن الشيبانى : ٦٥٨/٤ .
(٢) بدائع الصنائع : ٢٥٦/٧ ، وانظر المبسوط للسرخسى : ١٢٤/٢٧ وما بعدها ، ١١١/٢٦ .

إلى أقل العاقلة ، وهو السبعمائة ، وإلا فرضت الدية على عصبة القاتل ، ممن يستحقون ميراثه بالتعصيب وإن حجبوا . وإن لم يكن للجانى عصبة ولا أهل ديوان قدم الموالى الأعلون ، وهم المعتقون للجانى إن كان عبدا فى السابق ، وإلا فرضت فى بيت المال . أما إذا كان الجانى غير مسلم فإن أهل دينه يتحملون عنه)[1] .

٣٨٠ – وتتألف عاقلة الجانى عند الشافعية من عصبته الذين يرثونه بنسب أو ولاء إذا كانوا ذكورا مكلفين مع تقديم الأقرب منهم على الأبعد فى التحمل كالإرث وولاية النكاح ، بحيث ينظر فى الأقربين آخر العام فإن وفوا بالواجب لقلته أو لكثرتهم فذاك وإلا اشترك معهم من يليهم . فإذا لم يكن للجانى عصبة تحمل عنه مواليه المعتقون له ، وإن لم يكن له موال فرضت الدية على بيت المال[2] .

ولا يبعد الحنابلة عن هذا المعنى فى فهم العاقلة ؛ ففى كشاف القناع أن (عاقلة الجانى ذكرا أو أنثى ذكور عصبته : نسبا ، كالآباء والأبناء والإخوة لغير أم والأعمام كذلك ، وولاء ، كالمعتق وعصبته .. قريبهم وبعيدهم ، حاضرهم وغائبهم ، صحيحهم ومريضهم ، ولو هرما وزمنا وأعمى)[3] . وتؤخذ الدية أو باقيها إن عجزت العاقلة أو لم تكن للجانى عاقلة من بيت مال المسلمين ، لأنهم (يرثون من لا وارث له ، فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصابته ، فتؤخذ حالة دفعة واحدة ، لأنه ﷺ أدى دية الأنصارى دفعة واحدة ، وكذا عمر ، لأن الدية إنما أجلت على العاقلة ولا حاجة إلى ذلك فى بيت المال . فإن تعذر الأخذ من بيت المال .. فليس على القاتل شىء ، لأن الدية تلزم العاقلة ابتداء)[4] .

ورأى الأحناف خلافا لذلك أن الدية واجبة فى مال القاتل أصلا ، (لأن الجناية وجدت منه ، وإنما الأخذ من العاقلة بطريق التحمل ، فإذا لم يكن له عاقلة

---

(١) حاشية الدسوقى : ٢٨٣/٤ .

(٢) نهاية المحتاج : ٣٥١/٧ ، ٣٥٣ ، والمهذب : ٢١٢/٢ ، ومغنى المحتاج : ٩٥/٤ ، ٩٦ .

(٣،٤) كشاف القناع ض ٦٠/٦ ، ٦١ .

يرد الأمر فيه إلى حكم الأصل)[1] . وهو الأرجح فى المذهب الشافعى ، بناء على أن الوجوب على الجانى والتحمل على عاقلته[2] . ولا يخالف المالكية فى هذا ، ويرون وجوبها على الجانى وانتقالها عنه إلى العاقلة على سبيل المواساة والنصرة ، وتلزمه لهذا إذا لم توجد عاقلة[3] أو وجدت ولم تستطع الوفاء بالواجب كله ، ولم يكن بيت مال ، فحينئذ يلزم الجانى الجميع أو الباقى . أما الحنابلة فقد سبقت الإشارة إلى مذهبهم وأنهم لا يلزمون الجانى بشىء إن تعذر أخذ الواجب من بيت المال والعاقلة ، بناء على أن الوجوب والتحمل على العاقلة لا على الجانى . وهو رواية فى المذهب الشافعى[4] .

٣٨١ – ولا يتحمل الجانى شيئا من الدية التى تتحملها العاقلة فى مذهب الشافعية وفى رأى عند الحنابلة . ويستند هذا الرأى إلى أن التحمل على العاقلة فلا يجب على الجانى . وقد طردوا هذا الحكم على أصل القاتل وفروعه فلم يوجبوا عليهم الاشتراك مع الجانى بناء على اختلاط أموالهم بما له فى الغالب . جاء فى المهذب : (أما الأب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ، ولكل واحدة منهما زوج وولد ، فجعل النبى ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها . وإذا ثبت هذا فى الولد ثبت فى الأب لتساويهما فى العصبة ، ولأن الدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل ، حتى لا يكثر عليه ، فيجحف به ، فلو جعلناه على الأب والابن اجحفنا به ، لأن مالهما كماله ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل لنفسه ، ويستغنى عن المسألة بمالهما ، كما يستغنى بمال نفسه)[5] . وقد نص الحنابلة كذلك على استثناء عمودى النسب من الأصول والفروع فى تحمل الدية ، فلا يجب عليهما شىء عند وجود العاقلة ، (لأن مال ولده ووالده كماله)[6] ، فلا يتحمل الجانى شيئا من الدية ، كما يعفى أصوله وفروعه من هذا التحمل .

---

(١) بدائع الصنائع : ٢٥٦/٧ .
(٢) مغنى المحتاج : ٩٧/٤ .
(٣) نهاية المحتاج : ٣٥٣/٧ .
(٤) المهذب : ٢١٢/٢ ، وانظر هذا المعنى نفسه فى مغنى المحتاج : ٩٥/٤ ، ونهاية المحتاج : ٣٥١/٧ .
(٥) المبدع : ١٧/٩ .

ويخالف الأحناف فى هذا ويوجبون اشتراك القاتل وأصوله وفروعه فى التحمل مع العاقلة ، لأنهم يتحملونها على سبيل النصرة له والمواساة فلا يستثنى[1] . وهو مذهب المالكية أيضا ، فعندهم (أن آلجانى تضرب عليه مطلقا (أى الدية أو جزؤها) ، سواء انتقل من البلد قبل ضربها أو بعده)[2] .

ولا يتحمل المجنون والصبى والمرأة والفقير والمدين الذى استغرقت الديون أمواله ولا المخالف للجانى فى دينه شيئا من الدية لا عن نفسه ولا عن غيره ، ففى التبيين : (قال أصحابنا رحمهم الله : ليس على النساء والذرية ممن له حظ فى الديوان عقل ، لقول عمر رضى الله عنه : لا يعقل مع العواقل صبى ولا امرأة .. وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شىء عليهما من الدية ، بخلاف الرجل ، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل ، لأنه ينصر نفسه ، وهذا لا يوجد منهما ، والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة)[3] . وإنما لم تجب على الفقير والغارم ، لأنها وجبت للمواساة وطريقها عدم التكلف ، كما ورد فى الشرح الكبير[4] . ولا تناصر بين المختلفين فى الدين ، وإن وجد سبب الدخول فى العاقلة وهو القرابة أو الولاء . وقد اشترط بعض الفقهاء اتحاد الدار ، فلا يدخل المصرى بهذا الشرط فى عاقلة الشامى ، وإن كان من عصبته[5] .

٣٨٢ — كيفية الأداء : تكشف كيفية أداء العاقلة لما وجب عليها من الدية ، طبقا لما حدده الفقهاء المسلمون ، عن المعنى الذى أنيط به تحميل العاقلة هذا الواجب ، وهو مواساة الجانى وضمان الوفاء بحق المجنى عليه ، من حيث إن الجانى معذور بخطئه ، ولا يمكن استبعاد وقوع الخطأ من الناس ، ومقدار الدية كبير لا يتيسر لكل أحد الوفاء به ، فمست الحاجة إلى اكتشاف نظام العاقلة وتحميلها هذا الواجب . وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بوضوح كامل ، حسبما

---

(١) بدائع : ٢٥٥/٧ ، والمبسوط : ١٢٦/٢٧ ، وتبيين الحقائق : ١٧٧/٦ .

(٢) حاشية الدسوقى : ٢٨٥/٤ .

(٣) تبيين الحقائق : ١٧٩/٦ .

(٤) حاشية الدسوقى : ٢٨٤/٤ .

(٥) حاشية الدسوقى : ٢٨٤/٤ .

اتضح من عبارات ابن تيمية السابقة الذكر[1] . ومقالة السرخسى فى هذا المعنى : (الخاطىء معذور) وعذره لا يعدم حرمة نفس المقتول ، ولكن يمنع وجوب العقوبة عليه ، فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول عن الهدر ، وفى إيجاب الكل على القاتل إجحاف به واستئصال ، فيكون بمنزلة العقوبة ، وقد سقطت العقوبة عنه للعذر ، فضم الشرع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه . وكذلك فى شبه العمد باعتبار أن الآلة آلة التأديب ، ولم يكن فعله محظورا محضا ، ولذا لا يجب عليه القصاص فلا يكون جميع الدية عليه فى ماله لدفع معنى العقوبة عنه . ولكن الشرع أوجب الدية ههنا مغلظة ليظهر تأثير معنى العمد ، وأوجبها على العاقلة لدفع معنى العقوبة عن القاتل . ثم هذا الفعل لا يحصل إلا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير فى التحرز ، وإنما يكون ذلك بقوة يجدها المرء فى نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره وإنما ينصره عاقلته ، فضموا إليه فى إيجاب الدية عليهم ، وإن لم يجب لهذا المعنى ، وكل أحد لا يأمن على نفسه ، أن يبتلى بمثله ، وعند ذلك يحتاج إلى إعانة غيره ، فينبغى أن يعين من ابتلى ليعينه غيره إذا ابتلى بمثله ، كما هو العادة بين الناس فى التعاون والتوادد . فهذا هو صورة أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط ، شهداء لله ، متعاونين على البر والتقوى . وبه أمر الله تعالى الأمة هذه)[2] .

يظهر لى على وجه اليقين أن تحميل الدية على العاقلة لايتضمن معنى العقوبة فى القصد الأول من شرعه ؛ فالقاعدة أن كل نفس بما كسبت رهينة ولا تزر وازرة وزر أخرى . إنما وجبت الدية على العاقلة من باب المواساة للجانى والتخفيف عنه وضمان وصول الحق إلى صاحبه . ويصير القصد الأول من تحميل الدية على العاقلة وشرعها هو جبر الضرر الواقع على المجنى عليه . ويتضح ذلك بالنظر إلى التحديد الفقهى لكيفية أداء العاقلة لهذا الواجب ، حيث تتسم هذه الكيفية بالخصائص التالية : .

(أ) يعفى الضعاف فى العاقلة كالنساء والصبيان والمجانين من المشاركة فى تحمل الدية حتى ولو كانو موسرين . ويعفى من تحملها كذلك الفقراء والغارمون الذين استغرق الدين أموالهم .

---

(١) انظر ص   ما سبق .

(٢) المبسوط للسرخسى : ١٢٥/٢٧ .

(ب) تفرض الدية على الأغنياء من العاقلة مع اتخاذ سبل التخفيف عنهم ، بحيث تقسط الدية الكاملة على ثلاث سنوات ، ولا يزيد ما يدفعه الواحد منهم فى العام عن درهم وثلث الدرهم ، بحيث يتراوح مجموع ما يدفعه الفرد بين ثلاثة أو أربعة دراهم . ويختلف ما يدفعه الغنى عن المتوسط الغني ؛ ففى المهذب أنه (يجب على المتوسط ربع دينار ، لأن المواساة لا تحصل بأقل قليل ، ولا يمكن إيجاب الكثير لأن فيه إضرارًا بالعاقلة ، فقدر أقل ما يؤخذ بربع دينار .. ويجب على الغنى نصف دينار ، لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحدا ، فقدر بنصف دينار ، لأنه أقل قدر يؤخذ من الغنى فى الزكاة التى قصد بها المواساة ، فيقدر ما يؤخذ من الغنى فى الدية بذلك لأنه فى معناه . ويجب هذا القدر فى كل سنة ، لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة . ومن أصحابنا من قال : يجب ذلك القدر فى الثلاث سنين ، لأنه لو أوجبنا هذا القدر فى كل سنة أجحف به . ويعتبر حاله فى الفقر والغنى عند حلول النجم (القسط) لأنه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة)[1] . ويقدر الكاسانى الواجب على الفرد من العاقلة فى الدية فى السنوات الثلاث بين ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم[2] ، ومعناه أنه (لا يؤخذ فى كل سنة من كل واحد منهم إلا درهم أو درهم وثلث)[3] ، ويضم لهم الأقرب إليهم من أهل الديوان حتى لا يزاد عن هذا القدر .

(جـ) يقارن إيجاب الدية على العاقلة بالمعنى الذى وجبت به ، وهو المواساة عند الحاجة بشرعية الزكاة والصدقة والنفقة على الأقارب ، وتقاس أحكامها على أحكام هذه الأبواب مما يباعد بينها وبين الغرامة أو العقوبة .

٣٨٣ – لهذا كله لا أجد مبررًا لخلق هذه المشكلة المصطنعة التى تواردت الكتب الفقهية المتعاقبة على حلها . وتتبدى هذه المشكلة فى البحث عن مسوغ

---

(١) المهذب : ٢١٣/٢ .
(٢) البدائع : ٢٥٦/٧ .
(٣) المبسوط : ١٢٩/٢٧ .

شرعى يبرر إلقاء الدية على العاقلة ومحاسبتها عما اقترفه الجانى ، خصوصا وأن القاعدة الشرعية تقضى بأنه لا يسأل أحد عن جريرة غيره . وأحسب أن الفقهاء قد أجابوا عن هذا السؤال عرضا بأفضل من إجابتهم عنه قصدا . أما الإجابة التى وردت فى معرض كلامهم فخلاصتها أن الدية وجبت على العاقلة على سبيل المواساة والإرفاق والمعونة ، مما يعهد من مسلك الشارع فى جنس إيجاب النفقة للأقارب والصدقة للفقراء والزكاة والوقف . وأما الإجابة التى وردت قصدا فترشدنا إلى أن الجانى قد ارتكب جنايته مستندا إلى حماية عشيرته و نصرتها له ، كما أنها لم تضرب على يديه عند ارتكابها ، ولم تهذب خلقه بما يمنعه عنها ، فكأنها شريكته فى فعل ما فعل ، فناسب أن تتحمل معه ما وجب بفعله .

ولا يخلو هذا التبرير من تكلف ، كما أنه يقصر عن تفسير إدخال بيت المال مع العاقلة التى لا يفى عددها أو طاقتها المالية بأداء الواجب . والحاصل حسبما سبقت الإشارة إليه فى التمهيد[1] أن الدية والأروش كالغرامات المالية فى إتلاف الأموال والمنافع من الجوابر التى قصد بها العمل على رفع الضرر وتعويض المتضرر بالقصد الأول ، وإن تضمنت العقوبة والعمل على منع المعتدى وزجره فبالقصد الثانى .

٣٨٤ – العاقلة فى السياق الحديث : يوضح التفسير السابق لنظام العاقلة أهمية هذا النظام فى نقل الضرر وتوزيعه على عدد كبير من المواطنين يتحملونه ، بدلا من تركه يستقر حيث وقع ويتحمله المتضرر وحده أو نقله إلى الجانى يتحمل تكلفته . وإنما يبرر شرع هذا النظام من الناحية الخلقية ، بتعبير الفقهاء المسلمين ، أن الخطأ لا ينفك عن السلوك الإنسانى ، ولا يمكن الإقلاع عنه بالعقوبة أو بمضاعفة الغرم ورفع التكلفة أو باتخاذ أى إجراء آخر . ويظهر لى أن قانون الضمان الشرعى لم يتخذ القضاء على الخطأ الإنسانى هدفا له ، فهذا غير ممكن ، وإنما سعى بدلا من ذلك إلى الممكن وهو العمل على جبر الأضرار المالية أو البدنية . ومن ينظر إلى حوادث السيارات ووسائل النقل الأخرى يتضح له حكمة القصد

(١) ص من هذا البحث .

فى الشرع والفقه إلى رفع الضرر بدلا من القضاء عليه . وقد اختار الفقهاء هدفهم بعناية على ضوء ذلك فيما تبرزه قاعدة (رفع الضرر) الفقهية ودفعه ، ولم يعلنوا أبدا عن رغبتهم فى إنهاء الخطأ والزجر عنه . ويكشف تقرير لجنة Pearson ، ١٩٧٧ م ، أن عدد الإصابات البدنية قد بلغ ثلاثة ملايين مصاب فى بريطانيا فى العام الواحد ، مما يدل على ضخامة هذه المشكلة فى سياقات الحياة الحديثة من جهة ، وعلى وجوب اختبار سلامة الحلول الفقهية فى هذه السياقات من جهة أخرى .

٣٨٥ – لقد أشرت فيما سبق إلى تمييز الشريعة بين الإصابات المالية وبين الإصابات البدنية فى تحميل التعويض وإلقائه على الطرف الذى يستطيع تحمله ، دون عناء شديد ، فالضرر لا يزال بضرر مثله فيما تقضى به القاعدة الفقهية . أما من حيث المسئولية فلا خلاف فى إلقائها على المتعدى ، فى الإصابات البدنية وفى الأضرار المالية على السواء . وأما الواجب فى الأضرار المالية فيتحمله المعتدى ، على حين ينتقل الواجب فى الإصابات البدنية إلى العاقلة .

وإذ تبلغ الإصابات البدنية هذا العدد الضخم فى ظروف وسائل المواصلات الحديثة وشيوع استخدامها فمن الواجب صياغة نظام العاقلة صياغة تيسر تحقيق مقصد الشارع فى تعويض المصابين حتى (لا يطل دم فى الإسلام) ، ولا يذهب دون جبر له . والصيغ المحتملة الموازية للصيغ الفقهية على النحو التالى :

١ – القبائل والعشائر التى يبلغ عدد الرجال القادرين على الإسهام فى دفع الدية ما يقرب من ألف . وما يزال النظام القبلى قائما فى عدد من المناطق فى البلاد الإسلامية فيتحمل الأعباء التى كان يقوم بها فى الماضى ما دام قادرا عليها .

٢ – دواوين الوزارات والهيئات والمؤسسات التى ينتمى إليها الجانى ، كوزارة العدل والدفاع والتعليم ، ووزارة الداخلية ، أو المجالس المحلية أو البلديات ، أو غير ذلك مما يمكن أن يتكون فى داخله نظام يشبه العاقلة ويتحمل ما يجب على الأفراد من ديات وأروش . وتقابل هذه المؤسسات الحديثة التنظيم الذى أدخله الخليفة الثانى فى الدولة الإسلامية ، وأخضع نظام العاقلة لمقتضاه .

٣ – إقامة مؤسسات شرعية تهدف إلى تعويض المصابين عن إصاباتهم

فى الأحوال التى لا يعرف فيها الجانى ، وخاصة فى حوادث السيارات التى يفر قائدوها ، أو حينما لا تكون للجانى عاقلة . ويتم تمويل تكلفة هذه التعويضات بطريق من الطريقين التاليين أو بهما معا ، وهما :

(أ) تطوع أغنياء المسلمين والقادرين منهم . وفى وسع المصارف الإسلامية أن تقود هذا العمل وأن تدعو القادرين إلى الإسهام فيه وأن تقتطع جزءاً) من حصيلة زكاة الأموال المودعة لديها ، لمعاونة الجانى الذى لا يجد ما يؤدى الواجب عليه ، باعتباره فقيرا لا يجد ما يكفى حاجته .

(ب) اشتراك المنتفعين بالمشروع أنفسهم فى تحمل أعبائه ، بحيث يدفعون أقساطًا شهرية أو سنوية أو موسمية ، تبعا لظروفهم الخاصة ، وينفق من حصيلة هذه الأقساط فى ديات الإصابات التى يجنيها أحد المشتركين . ويجوز استثمار أموال هذا المشروع لمصلحة المنتفعين به ، طبقا لنظام التأمين التعاونى الجائز من الوجهة الشرعية . وتستطيع المصارف الإسلامية قيادة مثل هذه المشروعات التى تحقق لها الكثير فيما يتعلق بتجميع الأموال وعقد الصلات مع المشتركين وإقامة نظام يسهم فى تخفيف الأعباء عن المتضررين الذين لا يبالى بهم أحد . وليس تفصيل أبعاد مثل هذا المشروع من أهداف هذا البحث .

٤ - إنشاء قسم خاص فى بيت المال (الخزانة العامة) لتمويل نفقات تعويض المصابين وذويهم وفق الأحكام الشرعية للعاقلة ، حتى تعود لبيت المال وظيفة من وظائفه التى كان يقوم بها فى المجتمع الإسلامى . وقد أشرت من قبل إلى اهتمام الدول الحديثة بالعمل على تعويض المصابين فى أبدانهم عن الخسائر التى وقعت لهم . ومن هذه الدول نيوزيلندا واستراليا وكندا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية . ويجب على البلاد الإسلامية أن تعمل على رفع شعار (لا يطل دم) ، وعلى توزيع الضرر على المجتمع بأسره فى هذ النوع من الإصابات التى لا يستطيع الفرد وحده أن يتحمل نتائجها . وسأعرض أحوال تحمل بيت المال الدية فيما يلى . ومن الواضح أن الأخذ بهذه الصيغ أو بعضها والأخذ بنظام العاقلة سوف ييسر للمجتمع الإسلامى علاج مشكلة من مشاكله الآخذة فى الازدياد .

٣٨٦ – تحميل الدية على بيت المال : يتحمل بيت المال الدية كلها أو جزءها فى الأحوال التالية:

أولا : فى الاعتداء غير الموجب للقصاص إذا لم يكن للجانى مال يفى بالدية أو ببعضها فتجب كلها أو ما بقى منها فى بيت المال ، حتى لا يطل دم فى الإسلام .

ثانيا : فى أحوال وجوب الدية على العاقلة إذا لم تكن للجانى عاقلة فيتحمل بيت المال ، لأنه هو العاقلة عند عدمها وللسبب السابق أيضا .

ثالثا : الحالات التي لا يعرف فيها الجاني ، حتى لا يطل دم فى الإسلامى كذلك .

رابعا : أخطاء القضاة والموظفين والرسميين فى ظروف أدائهم لأعمالهم المنوطة بهم . ولا تفرض الديات والأروش الواجبة بهذه الأخطاء على عواقلهم وإن وجدت ، للقاعدة الفقهية القاضية بأن (خطأ القاضي والإمام فى بيت المال) . ومفاد هذه القاعدة أن ما يجب على القاضى من الضمان بخطئه فى قضائه واجب فى بيت المال ، لا فى ماله هو ، حتى لا يمتنع الناس عن تولى الوظائف العامة فى المجتمع الإسلامى[1] . من ذلك أنه لو ادعى رجل على آخر قتل قريبه عمدا ، وشهد الشهود ، فقضى عليه القاضى بالقصاص ، وأقيم عليه ، ثم ظهر فسق الشهود وتقصير القاضى فى التحرى عنهم فإن القاضى يعد مسئولا عن خطئه ، وتجب الدية عليه فى بيت المال . ومنه أيضا لو شهد الشهود بالزنا على رجل وهو محصن فأقيم عليه حد الرجم ، ثم تبين أن الشهود عبيد ، وأنه قصر فى معرفتهم فيضمن القاضى الدية فى بيت مال المسلمين[2] .

وإنما يشترط لإيجاب الضمان على القاضى فى بيت المال الشروط التالية : .

أولها : ألا يثبت تعمد القاضى ، وإلا وجب عليه الضمان فى ماله هو .

والثانى : ألا يكون هناك من يصلح لتولى الضمان على القاضى ممن ينسب خطأ القاضى له .

---

(١) المدخل الفقهى العام للزرقا ، الطبعة السادسة ١٣٧٨ هـ : ١٠٧١/٢ .

(٢) انظر المدخل الفقهى للدكتور أحمد الحجى الكردى : ص ١٥٥ ، وابن عابدين : ٣٣/٤ ، ٣٤ .

والثالث : أن يحدث الخطأ فى سياق أداء القاضى لوظيفته .

يدل على التفريق بين عمد القضاة وخطئهم قول البغدادى : (القاضى إذا أخطأ فى قضائه كان خطؤه على المقضى له ، وإن تعمد بجور كان ذلك عليه)[1] . والمقضى له أى الذى ينوب عنه القاضى فى القضاء ، وهو مجموع الأمة . وفيما يلى توضيحه .

٣٨٧ – خطأ القاضى والحاكم فى بيت المال : يوجب القرافى المالكى على شهود الزور أو الجهلة ضمان (ما أتلفوه بشهادتهم . ولا ينقض الحكم ، ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر والشاهد متسبب . غير أن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه ، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار فى الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكام فكان الشاهد بالضمان أولى ، لأنه متسبب للحاكم فى الإلزام والتنفيذ . وكما قيل الحاكم أسير الشاهد)[2] .

وفى المعنى نفسه يقول العز بن عبد السلام : (الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئا من النفوس والأموال فى تصرفهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام ودون عواقلهما على قول الشافعى ، لأنهما لما تصرفا للمسلمين صار كأن المسلمين هم المتلفون ، ولأن ذلك يكثر فى حقهما فيتضرران به ويتضرر عواقلهما)[3] . ويرشد هذا النص إلى وجوب تحمل بيت المال ما يجب على القضاة والحكام من غرامات فى إتلاف الأموال والأبدان ، إذا وجبت عليهم هذه الغرامات بسبب أدائهم للوظائف التى أنيطت بهم . ويلتحق بذلك سائر الموظفين الذين تعينهم الدولة لتدبير مصالح المسلمين ، فإن ما يغرمونه بأدائهم لهذه المصالح يفرض على من ينوبون عنهم ، لأنهم هم المنتفعون بعملهم ، فيتحملون عنهم ، طبقا لمبدأ (الغرم بالغنم) . وهو من أقوى الشواهد على معرفة الفقه الإسلامى

---

(١) مجمع الضمانات : ص ٣٦٤ .

(٢) الفروق للقرافى : ٢/٢٠٨ .

(٣) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام : ٢/١٩٥ .

بمسئولية المتبوع عن تابعه . ولا يشترط إلا أن يكون عمل التابع لمنفعة المتبوع ، وأن يحدث الخطأ وقت أداء هذا العمل . ويشهد لمبدأ مسئولية المتبوع Vicarious Liability ما ذكره ابن عبد السلام فى مسألة ما يتلفه العبد ، حيث نص على وقوع الضمان على السيد ، وسيأتى بحث ذلك بشىء من التفصيل فى مناسبته .

ولا يذكر العز سوى الرأى الراجح فى المذهب الشافعى فى المسألة، فإن الشيرازى يذكر فيها قولا آخر ، مفاده وجوب الدية على عاقلة القاضى كغيره . يقول : (وما يجب بخطأ الإمام من الدية بالقتل ففيه قولان : أحدهما يجب على عاقلته ، لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لعلى رضى الله عنه فى جنين المرأة التى بعث إليها : عزمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك. والثانى يجبُ فى بيت المال ، لأن الخطأ يكثر فيه فى أحكامه اجتهاده . فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم . فإذا قلنا أنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة فى ماله كغير الإمام ، وإذا قلنا إنها تجب فى بيت المال ففى الكفارة وجهان: أحدهما : أنها تجب فى ماله ، لأنها لا تتحمل ، والثانى : أنها تجب فى بيت المال لأنه يكثر خطؤه ، فلو أوجبنا فى ماله أجحف به)[1] .

وفى المذهب الحنبلى رأيان فى المسألة ، أرجحهما أنه فى بيت المال : يقول ابن مفلح : (وخطأ الإمام والحاكم فى أحكامه فى بيت المال .. لأن خطأه يكثر فيجحف ، ولأنه نائب عن الله ، فكان أرش جنايته فى مال الله ، كخطأ وكيل .. وعنه (أحمد على عاقلته ... لقول على لعمر : ديته عليك لأنك أفزعتها ، ولأنه جانٍ فكان خطؤه على العاقلة كغيره ، وكخطئهما فى غير حكم . وكذا الخلاف إن زادا سوطا كخطأ فى حد أو تعزير ، أو جهلا حملا ، أو بان من حكم بشهادته غير أهل)[2] .

وترشد هذه النصوص إلى المعانى التالية :

---

(١) المهذب للشيرازى : ٢/٢١٢ .
(٢) المبدع : ٩/١٨ ، وانظر هذا المعنى نفسه فى كشاف القناع : ٦/٦٠ .

١ - خطأ القاضى والحاكم فى بيت المال . وكذا من يلتحق بهما من الموظفين العموميين .

٢ - يدخل هذا الضمان فيما يعرف فى الاصطلاح القانونى بمسئولية المتبوع عن تابعه .

٣ - تدل النصوص والآثار على أن هذا المبدأ لم يكن معروفا فى عهد عمر رضى الله عنه وأنه إنما ظهر فى الفقه الإسلامى بعد ذلك .

٤ - كان عدم ظهوره منذ الصدر الأول سببا للخلاف الفقهى حوله .

٣٨٨ - الأضرار المالية المتعلقة بالإصابة : كثيرا ما يضطر المصاب إلى الإنفاق فى التمريض والتطبيب وشراء الأدوية وإجراء الجراحات ونفقات النقل والمواصلات والإقامة فى المستشفى وغير ذلك مما يرجع إلى الإصابة . فهل يعد المتعدى مسئولا عن هذه النفقات فى ماله أو أن العاقلة هى التى تتحملها ؟ .

الإجابة عن هذا السؤال فيما يلى :

أولا : نفقات العلاج والتطبيب وأجرة الطبيب والممرض والمستشفى والأدوية مضمونة على المتعدى ، لأنها من نتيجة فعله وترجع إليه فيضمنها . وقد سبقت الإشارة إلى مذهب أبى يوسف أو محمد بن الحسن فى مناسبة الخلاف بينهما حول أرش الألم . ويدل عموم نفقة التطبيب على دخول هذه التكاليف فيها . غير أن من الواجب البحث عن ضابط يحكم ما يدخل من نفقات التطبيب مما يطالب به المصاب وما لا يدخل وإلا وقع الظلم على المعتدى إذا حملناه كل ما يطلبه المتضرر ، أو يقع على المتضرر إذا منعناه كل ما تحمله ، خاصة وأن تكاليف العلاج قد ارتفعت فى عصرنا هذا ارتفاعا كبيرا .

ويظهر لى أن الضابط الذى يجب الاستناد إليه للحكم فى النفقات التى يطال بها المتضرر هو المعتاد المألوف بين الناس أو العرف ، فالقاعدة الفقهية أن العادة محكمة ، وأن المعتاد المعروف بين الناس كالنص أو الشرط . وللمصاب لهذا أن يترك العلاج فى المستشفيات الحكومية ويطلب العلاج فى المستشفيات الخاصة ، ولا يعد مجاوزا للمعتاد بذلك ، وتحسب نفقات هذا العلاج على المعتدى . ولو اضطر أحد أقارب المصاب إلى ترك عمله كى يرافقه فإن

على المتعدى نفقة هذا القريب إذا كان المعتاد هو إثابة مثل هذا القريب عن تركه عمله . أما لو اضطرت الأم إلى ترك عملها لمصاحبة طفلها المصاب أثناء وجوده فى المستشفى فإن المألوف أن الأم لا تأخذ عوضا عن هذه الرفقة ، ولا يحسب لها أجر على المتعدى لهذا . وقد اضطربت أحكام القضاء الإنجليزى فى تعويض مرافق المصاب ، فلم تجد المحكمة عام ١٩٣٨ صعوبة فى الحكم فى قضية Roach V. Yates بإيجاب التعويض للمرافق عما فات من منفعة عمله . أما فى قضية Donnelly v. Joyce التى نظرتها محكمة الاستئناف عام ١٩٧٤ ، والتى طالب فيها المدعى ، وهو طفل صغير ، بإثابة أمه عن الفترة التى اضطرت فيها لترك عملها لملازمته بالمستشفى ، فقد دفع المدعى عليه هذا الطلب بأن المدعى لا يجب عليه قانونا أن يثيب أمه عن تمريضها له وملازمتها إياه فترة بقائه فى المستشفى . وقد ساد اشتراط وجوب أجرة المرافق على المدعى قانونا ليحق له المطالبة باسترجاعها من المعتدى ، وكان الحل الميسر لتجنب آثار هذا الشرط أن يعقد المصاب عقدا مع مرافقه بأجرة معينة نظير الرفقة حتى يتسنى له طلب استردادها[1] .

ثانيا : ما فات من منافع المصاب أثناء علاجه على الخلاف بين الفقهاء بين الفقهاء فى ضمان المنافع بوجه عام . ويترجح بلا أدنى تردد الاتجاه إلى ضمان المنافع مطلقا ، سواء كانت منفعة عمل إنسانى أو منفعة شيء من الأشياء . ويظهر لى أن منفعة الإنسان أولى بالاعتبار من منفعة الأشياء حسبما سبق توضيحه فى مناسبته من هذا البحث . وطبقا لما ترجح فى هذ الموضع فإن منفعة المصاب الفائتة مما يدخل فى تقدير حساب الواجب له على المتعدى ، لأن هذا الفوات من نتيجة عمله فيتحمله ، طبقا للقواعد العامة للمسئولية .

ثالثا : لا يتداخل حساب الواجب من الديات والأروش مع الوجب فى حساب نفقات العلاج وأعواض المنافع الفائتة ، لوجوب كل منها بسبب مستقل؛ إذ تجب الديات والأروش فى مقابل إتلاف النفس الإنسانية جزئيا أو كليا ، على حين تجب هذه النفقات والأعواض فى مقابلة ما تلف من أموال .

---

(١) Dias and Markesinis on Tort Law, P. 407 .

رابعا : تتحمل العاقلة فى التقدير الفقهى الواجب فى مقابلة التلف الحادث للنفس الإنسانية بالقتل أو الجرح أو الشج ، على حين يتحمل الجانى فى ماله التلف المتعلق بالأموال .

والحاصل لهذا أن على العاقلة من التعويض ما يقابل فوات النفس كلا أو جزءا ، وعلى الجانى ما يتعلق بتلف الأموال ، منافع وأعيانا .

المبحث السادس : إيذاء المسلم فى سمعته

٣٨٩ – حكم الإيذاء فى السمعة : أمرت النصوص الشرعية باجتناب إيذاء المسلم فى شرفه أو سمعته أو إحساسه ، ابتداء من مجرد التنابز بالألقاب والسخرية أو التعيير بلون الأبوين إلى الرمى بالزنا أو نفى النسب ، ففى سورة الحجرات يقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاثم الفسوق بعد الإيمان ، ومن لم يتب فأولئك هم الظالمون . يأيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا ، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم ﴾[١] . وفى سورة النور النهى عن رمى أحد بما ينال من عفته مع بيان العقوبة على هذه الجريمة . يقول تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم)[٢] . وقد سبقت الإشارة إلى تعريف السنة للمسلم بأنه هو من سلم المسلمون من لسانه ويده ، وإلى ما تضمنته خطبة الوداع من الحث على عدم إيذاء المسلم فى أى حق من حقوقه : الدم والعرض والمال . وبلفظ آخر فإن كل المسلم على المسلم حرام . ومن جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء على اعتبار هذه المعانى ، ورتبوا أحكامهم على ملاحظة المقاصد الخمسة للشريعة ، وهى حفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال ، لتحصيلها ودفع ما يفوتها مطلقا أو نسبيا ، فيما يفيده تقسيم هذه المقاصد إلى ضرورات وحاجات وتحسينات .

---

(١) سورة الحجرات : ١١ ، ١٢ .

(٢) سورة النور : ٤ ، ٥ .

٣٩٠ – غير أن الفقهاء قد اهتموا على وجه الخصوص فيما يتعلق بحفظ العرض – بتفصيل أحكام الرمى بالزنا ، دون أن يتناولوا الرمى بغير الزنا من الجرائم الأخرى مما يؤثر على سمعة المرء وينال من كرامته إلا على نحو مجمل فى صدر مباحث التعزير ، فاختلت جوانب الصورة التى قدموها ، وبدا الفقه الإسلامى بمظهر الإفراط فى التفصيل فى أحكام الرمى بالزنا وبالإلغاز فى بيان أحكام الرمى بغيره وكأنه يهتم بمنع الجريمة الأولى أكثر مما يهتم بألوان الجرائم الأخرى التى تشين الفرد فى مجتمعه وتؤثر على سمعته وتحيل حياته جحيما لا يطاق . أما مسلك النصوص الشرعية فى الحفاظ على العرض فيتسم بالعموم فى تجريم كل ما ينال من شرف المسلم وكرامته . وإذ تضمنت سورة النور النص على تحريم القذف بالزنا والعقوبة عليه فقد تناولت سورة الحجرات الإشارة إلى ما يتعلق بألوان التعديات الأخرى التى تمس العرض ، كالسخرية واللمز والتنابز بالألقاب والتجسس والغيبة . ووظيفة الفقيه فيما يظهر لى أن يعكف على استنباط الأحكام العملية التى تيسر تحقيق عمومات الشريعة ومقاصدها وتمكن لتطبيقها والالتزام بها بين الناس . وسأجتهد فى إعادة توضيح الصورة العامة للتعديات على العرض والشرف والسمعة على نحو يكفل التوازن بين نوعى هذه التعديات ، وهما :

١ – الرمى بالزنا .

٢ – الرمى بغيره مما يؤثر فى سمعة المرء ويحط من كبريائه وكرامته .

٣٩١ – القذف والسب والشتم : يستظهر المرحوم عبد القادر عودة من تتبع أقوال الفقهاء وأمثلتهم (فى أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفا كلما رمى القاذف المجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها ، كالرمى بالزنا والرشوة . ويعتبرون القول سبا إذا كان ما رمى به المجنى عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة ، كمن قال لآخر ياكلب ، ياحمار ، أو قال لبصير يا أعمى . فرمى الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمى البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته)[1] .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى : ٢/٤٥٥ .

وتوجب الشريعة العقوبة الحدية فى الرمى بالزنا إذا توافرت شروط هذه العقوبة . وهذا هو القذف الذى عرفه الأحناف بأنه : (الرمى بالزنا)[1] ، والمالكية بأنه : (نسبة آدمى غيره لزنا ، أو قطع نسب مسلم[2] ، والشافعية بأنه هو : قذف العاقل البالغ المختار محصنا بوطء يوجب الحد[3] ، كما عرفه الحنابلة بأنه رمى بزنا أو لواط أو شهادة بأحدهما عليه ولم تكتمل البينة[4] . وقد شددت الشريعة النكير فى هذه الجريمة وأوجبت الحد ، زجرا لفاعلها ومنعا من ارتكابه إياها . ولا يجوز استبدال التعويض بهذه العقوبة أو الجبر بالزجر لأنه لا تبديل فى العقوبة الحدية .

أما إذا لم يجب الحد لفوات شرط من شروطه فى الرمى بالزنا أو كان الرمى بغيره مما يحتمل الصدق والكذب ففيه التعزير . وفى البدائع وجوب التعزير (بارتكاب جناية ليس لها حد مقدر فى الشرع ، سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد ، بأن آذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب ، بأن قال له يا خبيث ، يا فاسق ، يا فاجر ، يا كافر ، يا آكل الربا ، يا شارب الخمر ونحو ذلك . فإن قال له : يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ، ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير ، لأن فى النوع الأول إنما وجب التعزير لأنه ألحق العار بالمقذوف ، إذ الناس بين مصدق ومكذب ، فعزر دفعا للعار عنه . والقاذف فى النوع الثانى ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب إليه ، لا إلى المقذوف)[5] .

ويستخلص مما سبق الأمور التالية : .

١ - القذف هو الرمى بالزنا أو غيره مما يحتمل الصدق والكذب ، على حين أن السب أو الشتم هو الرمى بما لا يحتمل الصدق .

---

(١) فتح القدير : ١٩٠/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ١٨٢/٣ .
(٢) حاشية الدسوق : ٢٩٩/٤ .
(٣) المهذب : ٢٧٢/٢ .
(٤) كشاف القناع : ١٠٤/٦ .
(٥) البدائع : ٦٣/٧ .

٢ – القذف بالزنا يوجب العقوبة الحدية إذا كان القاذف عاقلا بالغا مختارا وليس أصلا للمقذوف ، وكان المقذوف بالغا عاقلا محصنا ، ولم يمنع من هذا الوجوب مانع . ولا يجوز إبدال هذه العقوبة ولا الصلح عنها ، لأنها حد .

٣ – إذا لم تجب العقوبة الحدية ، وكان الرمى بغير الزنا مما يحتمل الصدق والكذب كان الواجب هو العقوبة التعزيرية .

٤ – أما إذا لم تجب هذه العقوبة الحدية . وكان الرمى بأمر لا يحتمل الصدق فلا تجب العقوبة التعزيرية فما ذكره الكاسانى ، لأن الجانى قد خط من شأن نفسه ولم يحط من شأن المشتوم الذى وجه إليه كلامه . لكن ذهب بعض فقهاء الأحناف إلى تعزير من ينسب غيره لما لا يحتمل الصدق ، كقوله له : يا كلب . وفى المبسوط أنه (حكى عن الهندوانى أنه قال : يعزر فى عرف ديارنا ، لأن هذا اللفظ فينا يذكر للشتيمة)[1] . والمدار فيه إذن على العرف .

٣٩٢ – التعزير بالسب : على الرغم من استحسان بعض الفقهاء تحديد العقوبة التعزيرية بالنظر إلى العقوبة الحدية إن كان الحد واجبا فى جنس الجناية فإن الأصل أن يترك الأمر للقاضى فى اختيار نوع العقوبة المناسبة للجناية وظروف ارتكابها . ولما كان التعزير بأخذ المال جائزا فى الشريعة ، حسبما سبق الاستدلال عليه ، فإنه يجوز للقاضى أن يفرض على المتعدى الغرامة المالية ويعطيها للمعتدى عليه . ويتعين هذا الجواز إذا لحقت بالمعتدى عليه خسارة مادية فى حرفته أو عمله ، طبقا لمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة الذى نص عليه فقهاء الأحناف . ولعل فى أرش الألم الذى نص عليه فقهاء الأحناف وفقهاء الزيدية ما ما يؤيد هذا الجواز كذلك .

والضابط أن كل ما يؤذى المسلم من الأقوال أو الأفعال موجب للتعزير الذى يحتمل أن يكون بفرض المال . وقيل بأن العقوبة فى التعزير بأخذ المال كانت فى ابتداء الإسلام ثم نسخت[2] . لكن لا حجة على مثل هذه الدعوى . وقد ذكر

---

(١) المبسوط : ١٢٠/٩ ، وابن عابدين : ٢٠٣/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٩٦/٣ .

ابن عابدين هذا الضابط بلفظ : (كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل أو إشارة يلزمه التعزير)[1] ، فالعبرة بالإيذاء لا بظهور الكذب ، أو احتماله ، فإن الشتم بهذه الألفاظ لا يقصد بها نسبة المشتوم إلى حقيقة ما تدل عليه ، وإنما النظر إلى ما فيها من الأذى من كل ما يبعث على الإحساس بالعار ويلحق الشين فى العرف . ويعد من السب الموجب للتعزير بهذا المعنى الرمى بكل ما يصيب الغير فى سمعته ويثير الاحتقار والاستهجان ، سواء قصد المتعدى إلحاق هذه المعانى بالمشتوم أم لا ، وإنما المهم أن تثير فى مألوف الناس وأعرافهم هذه المعانى . وقد جاء فى حاشية ابن عابدين أن الشتم على وجه المزاح يوجب التعزير[2] .

٣٩٣ – والتفريع على ذلك أن يعد سبا نسبة المرء (إلى فعل اختيارى محرم شرعا ويعد عارا عرفا .. وإلا لا)[3] ، كياسارق ويا ضحكة بسكون الحاء ، ويا سخرة ويا ساحر ويا مقامر من كل ما كان يلحق الشين فى الأعراف السائدة وقت النظر الفقهى . ويثير ضابط الرجوع إلى العرف نوعا من الغموض فى فى تطبيق هذا الضابط فى الظروف الاجتماعية المختلفة . فهل المقصود هو العرف العام أو عرف المتخاطبين الخاص ببيئتهما ؟ فمن يشيع عن أحد أنه جاسوس للشرطة على زملائه قد يسىء إلى علاقاته بهؤلاء الزملاء ، لكنه قد يرقى فى أذهان الكثيرين إلى مصاف المدافعين عن سيادة القانون ، خاصة إذا كان هؤلاء الزملاء منحرفين أو متورطين فى أعمال غير قانونية . وتتمثل الصعوبة فى أننا إذا التفتنا إلى العرف العام ، وهو الأجدر بالاتباع ، أهملنا اعتبار الآلام التى يعانيها الشخص المنسوب إلى هذا الفعل . ومن المحتمل أن يهابه الناس فينصرفون عنه ويرفضون العمل معه أو استئجاره ، فتوقعه هذه الإشاعة فى حرج شديد وتؤذيه فى رزقه وعمله . ويترجح . لى أن يترك التعارض بين الأعراف للقاضى فى الترجيح بينهما وتغليب أحدهما على أساس أن العبرة بلحوق الشين والعار والإيذاء .

---

(١) السابق : ٢٠٣/٣ .

(٢) السابق .

(٣) السابق : ٢٠٣/٣ .

٣٩٤ – صور مختلفة للسب : لا تشترط صورة معينة للسب لقيام المسئولية عنه فالعبرة بالإيذاء والعار ، فيجرى السبب بالتلفظ والكتابة فى الصحف والمجلات وبالنشر فى الإذاعات المرئية والمسموعة وبالتسجيل فى شرائط صوتية أو مرئية. ولا يخفى تأثير هذه الوسائل على عقول الناس وعواطفهم ، مما يؤدى إلى إشاعة مادة السب وترويجها بين عدد كبير وزيادة إحساس المتضرر بها لهذا . وليست العبرة بالصورة والتركيب بل بالتأثير والنتيجة ويشبه الرسم والصورة الألفاظ فى إلحاق الشين والعار بالمشتوم فتأخذ حكمها ، لأن العبرة بالأثر طبقا لما نص عليه الفقهاء .

ولا تشترط المباشرة أو التصريح ، بل يجرى التعريض مجراه . وقد نص الفقهاء على اعتبار التعريض فى القذف ، ففى كشاف القناع أن من قال لامرأة فضحت زوجك أو (نكست رأسه وجعلت له قرونا .. أو يقول لمن يخاصمه : يا حلال ابن الحلال .. وما أنت زان .. أو يا فاجرة أو يا خبيثة .. أو أخبرنى أو أشهدنى فلان أنك زنيت وكذبه فلان .. فهذه الألفاظ كناية لاحتمالها غير الزنا ، إن فسره بالزنا فهو قذف ، لأنه أقر على نفسه بما هو الأغلظ عليه وإن فسره بما يحتمله غير القذف قبل لأنه يحتمل غير الزنا .. مع يمينه . وفى الترغيب هو قذف بنيته .. وعزر)[1]وجمهور الفقهاء على منع حد القذف بالتعريض لامتناعه مع قيام الشبهة ، وإن وجب التعزير لمعنى الإيذاء والفحش وإلحاق الشين والعار .

٣٩٥ – أركان السب الموجب للتعزير : يوجب السب التعزير فيما يظهر لى من تتبع أمثلة الفقهاء باستجماع الأركان التالية : .

الأول : أن تتضمن المواد المستخدمة أوصافا تؤثر فى تقدير الغير للموصوف وتلحق به الشين والعار كرمى شخص بأنه خبيث أو فاسق أو سفاح أو مرتش أو خائن ، فلا شك فى أن الرمى بهذه الأوصاف يلحق الشين بالموصوف ويؤذيه فى سمعته . ويقاس على ما ذكره الفقهاء من أمثلة رمى أحد

---

(١) كشاف القناع : ١١٢/٦ .

بعدم الأمانة أو خفة الوزن فى مجال تخصصه أو عدم الخبرة فى علمه . والضابط أن تؤدى هذه الأوصاف فى أعراف الناس وفق ما تقدم فى تحديد هذه الأعراف إلى الإساءة والأذى . ولذا فإن وصف أحد المحامين بالتجارة فى مصائب الناس ونزاعاتهم يختلف عن رمى أحد القضاة بهذا الوصف الذى يلحق الشين بالثانى دون الأول . وكذلك فإن الحديث عن أحد معتادى جرائم الرشوة بأنه يأكل أموال الناس بالباطل خلاف رمى موظف عفيف بهذا الوصف . وفى أحد أفلام (راسبوتين) صورت الشركة المنتجة للفيلم أميرة روسية أغراها هذا الرجل وعبث بشرفها ، فرفعت هذه الأميرة دعوى ضد الشركة تطالبها بالتعويض على أساس أن هذا التصوير يحط من شأنها ويلحق العار بها فاستجابت المحكمة لهذا الطلب وألقت بالمسئولية على الشركة[1] .

وللكنايات والإيحاءات innuendoes أثرها فى تحقيق النتائج التى قد لا تلحق بها التصريحات أحيانا . فقد يلجأ أحد الصحفيين إلى نشر أخبار تفيد انتقال شرطة الآداب إلى بيت سيدة للتحقيق معها ، أو استدعاء هذه السيدة إلى مكتب رئيس هذه الشرطة ، مغفلا الحقيقة وهى أن الأمر كان متعلقا بسؤالها عن سلوك خادمتها على سبيل المثال ، مما يؤدى إلى إثارة الشكوك حول مسلك هذه السيدة . وإذا كان عرف المهنة لا يجيز سلوك الصحفى على هذا النحو فإن الشكوك التى ثارت حول السيدة راجعة فى العزف إلى الإيحاءات والمعانى الثانوية التى يدل عليها كلامه . وقد ينازع فى هذا الاستنتاج على أساس أن القراء فى عمومهم لا يبادرون إلى اتهام من يذهب لقسم الشرطة للتحقيق معه فى أمر من الأمور ، والذى يسارع لهذا الفهم هم فئة خاصة من المولعين بالفضائح وأصحاب الأهواء السيئة ، ولا يرجع ذلك إلى مقالة الصحفى بقدر ما يرجع إلى طبيعتهم المتشائمة ، فناسب ألا يسأل عنه . ويرجع فى مثل هذا إلى عرف الناس .

الثانى : إثبات تعلق السب بالمدعى ورجوعه إليه وإلا فلا حق له

---

(١) انظر قضية Yossoupff v. Metrogoldwyn Mayer Pictures Ltd (1934) Tort Law فى ص ٣٢٣ من كتاب دياس .

فى الدعوى ، لأن الشين والعار لا يلحقانه إلا إذا اتجه السب أو الشتم إليه . فلو ذكر أحد الصحفيين فى تحليل حادثة من الحوادث أن الشاهدة قد خطفت حتى لا تتمكن من الإدلاء بشهادتها ثم ظهرت هذه الشاهدة فى صحبة صديقة لها لم يكن لهذه الصديقة أن تطالب الصحفى بتعويضها عن تصور البعض أنها اشتركت فى هذا الخطف . غير أن هذا الشرط لا يعنى وجوب النص على اسم المدعى فى صيغة السب ، فعادة بعض الصحف فى إثارة السخرية بكبار الموظفين أن تعلن خبرا يخص أحدهم فى مكان مستقل من الصفحة ، كسفره إلى تركيا على سبيل المثال ، ثم تقرن ذلك فى مكان قريب بخبر يبدو للوهلة الأولى منقطع الصلة بالخبر الآخر ، وإن كان ذا مغزى خاص لا يخطئه القارىء الذكى ، كالقول بوصول شحنة من اللحم الفاسد الخبيث إلى تركيا ، ومع استقلال كل من الخبرين عن الآخر فإن المدعى عليه لا يستطيع دفع مسئوليته بأن اسم المدعى لم يقحم فيما يفيد السب ، لتمكن القارى الذكى من الربط بين الخبرين . ويكفى التلميح فى إقامة المسئولية فى الجرائم التعزيرية .

الثالث : النشر وإعلام الغير بهذا السب ، لأنه هو الذى يتحقق به الشين والحط من الأقدار والمنازل . أما ما يزوره المرء فى نفسه أو يكتبه فى ورقة دون أن يطلع عليها أحدا فإنه لا يثبت عارا ولا يلحق شينا ، ولا يوجب ضمانا . ويكفى لإذاعته اطلاع أحد غير الشاتم على صيغة السب ومادته ، سواء بالفعل أو الإمكان ؛ فالتلفظ وإرسال برقية وكتابة تقرير مفتوح وإرسال بطاقة بريدية مفتوحة وما يماثله من الأمور التى يتحقق بها الإعلام فى الشرع ، لأن المعهود منه هو إقامة مظنة الشىء مقام وجود الشىء نفسه ، مما يعنى أن إرسال البرقية يقوم مقام الاطلاع عليها ومعرفة ما فيها ، كما قامت الخلوة مقام الدخول فى إثبات النسب ووجوب المهر ، وكما قام التلفظ بصيغة العقد مقام الرضا ، وكما قام السفر مقام المشقة فى إثبات الرخصة . ومع ذلك فإن كتابة التقارير السرية لاطلاع الرؤساء وحدهم مما توجبه الضرورات العملية ، ولا يعده الناس حطا من قدر المرؤوسين ولا إهانة لهم ، حتى لو تضمن وصف بعضهم بعدم الكفاءة أو نقص الخبرة أو ما إلى ذلك مما يؤثر على المستقبل المهنى والوظيفى لمن ترد تقاريرهم دون المستوى . وكذلك فإن حديث الرجل مع زوجته عن شخص آخر بما يعد سبا

لا تتحقق له العلانية التى تسبب التحقير والتهوين . وهذا ما يظهر لى أنه الحق ، منعا للحرج ، لأن من مألوف عادة الناس ألا يتحروا الحذر فى حديثهم مع زوجاتهم ، وأن يعبروا عن مشاعرهم بقدر غير قليل من الحرية ، فلو أخذوا بهذا لضيق عليهم . ومن هذا القبيل مسارة الابن أباه ، أو الصديق صديقه بعد التعهد بعدم الإفشاء . لكن لو سمع المتناجيين طرف ثالث وشهد به كان هذا إعلاما ، فهذا هو العرف فيما يظهر لى .

٣٩٦ – تقدير الواجب المالى : السب أو القذف بغير الزنا من حقوق العباد ، حسبما اتضح مما نقلناه عن الكاسانى . وإذا كان الهدف من التعزير هو الزجر عن التعرض لشرف المسلم وكرامته فإن هذا لا ينفى حق المتضرر فى التعويض عما لحقه من الضرر بالفعل من جراء التعرض لسمعته . ولا يكفى تعزير من رمى صاحب مدرسة لتعليم الفتيات الكتابة على الآلة الكاتبة بأنه قواد ، أو نشر صورته وهو يدخل إلى مكان من الأمكنة المشبوهة فانصرفت عنه الفتيات المتدربات ، واضطر إلى إغلاق مدرسته وبيع أثاثها بثمن بخس لدفع أجور المدرسين ومقابل الإعلانات وما إلى ذلك ، فلن يرفع ضرره عقاب من سبه بعشرين أو ثلاثين جلدة أو سجنه بعض الوقت ، وإنما يرفعه إيجاب الضرر على من تسبب فيه .

ويجب لهذا تقدير التعويض فى ضوء ما يلى :

(أ) الأضرار المالية التى لحقت بالمشتوم بهذا الشتم . وبخصوص المثال السابق فإن على الشاتم أن يتحمل ما فات من كسب المشروع مدة عام أو عامين حسب تقدير القاضى ، لأن الأغلب ألا يستمر تأثير الإشاعة أكثر من ذلك . ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لإغلاقها فإن هذا النقص يقدر ويحمل على المعتدى . وقد نص الفقهاء على أن من سرق فلوًّا فيبس ضرع أمه وجف لبنها أنه يضمن . وكذلك لو أخذ أم النحل فهجر النحل مكانة المعد له أنه يضمن قيمته . ويضمن المنافع بتفويتها وفواتها فيما أخذ به الشافعية والحنابلة . وتعطيل منفعة المدرسة بإشاعة سوء أخلاق مديرها من التسبب فى إتلاف منفعتها فيضمنها

المتعدى . وإلا لتيسر لكل أحد الانتقاص من شرف غيره والقضاء على مشروعاته .

(ب) أرش الألم : التعدى على البدن الإنسانى بالجرح والضرب إذا لم يترك أثرا موجب للضمان حسبما تقدم ، فيقاس عليه التعدى على العرض والشرف ، لأنه أكثر إيلاما ووحشة فى نفوس أصحاب النخوة والإباء من مجرد الاعتداء على البدن بجرح أو شجة . ويقدر القاضى هذا الأرش بالنظر إلى قوة الاعتداء ودرجة المعتدى عليه ومنزلته الاجتماعية وإسهامه فى التعدى ، وما إلى ذلك من المعانى التى تؤثر فى الإحساس بالعدوان والتألم منه والتى راعاها الشرع فى المعهود منه فى تقدير الضمان عموما .

وفى قضية Cassidy V. Daily Mirror Newspapers Lrd قدرت المحكمة الأضرار التى لحقت بالمدعية عام ١٩٢٩ بخمسمائة جنيه استرلينى ، نظرا لأن هذه الصحيفة قد نشرت صورة لزوجها مع فتاة تعلن خطبتهما ، وهو ما يتضمن طبقا لأعراف البلاد أن هذا الرجل أعزب ، مما يعنى فى الوقت نفسه أن المدعية ، وهى تعيش معه ، ليست إلا خادمة له أو خليلة .

ولا يتضمن تقدير الواجب فى الضمان بالرجوع إلى الخسائر المادية وأرش الألم فى قضايا السب والقذف غير الموجب للحد أى خروج على ما يفهم من منصوص الأحكام الفقهية . وقد سبق توضيح الاستناد إلى هذه المعانى عند تقدير الواجب .

٣٩٧ – الدفوع : يتأثر الواجب بالضمان فى قضايا السب والقذف الذى لا حد فيه بوجود عدد من الأسباب التى تدفع هذا الواجب وتنفيه كليا أو جزئيا . من ذلك الاعتذار وعدم القصد والصدق وموافقة المجنى عليه للجانى وعفو المجنى عليه . وفيما يلى بيان هذه الأسباب .

(أ) الاعتذار : لا ينفى الاعتذار المسئولية عما وقع من تعد أو خطأ ، حيث لم يعهد فى مسلك الشارع أن يسقط الندم والإنابة ما وجب من حقوق العباد . أما بالنسبة لحقوق الله عز وجل ، وعقوبات الحدود على وجه الخصوص ، فقد اختلف الفقهاء فى إسقاط التوبة لهذه العقوبات اختلافا كبيرا . ومع ذلك فإن

الاعتذار فى قضايا السب من شأنه أن يؤدى بوجه العموم إلى تخفيف إحساس المعتدى عليه بالألم فيراعى القاضى هذا المعنى عند تقدير الواجب .

(ب) عدم القصد : القاعدة أن عدم القصد إلى الإساءة لا ينفى الضمان . ولذا فإن من يخطىء فى نسبة جريمة لأحد الأبرياء يكون مسئولا عما أصابه . وقد سبقت الإشارة إلى مسئولية الشهود عما يترتب على خطئهم من ضرر لم يقصدوه . ومع ذلك فإن انتفاء القصد ينفى المسئولية أحيانا إذا توقفت الإساءة على وجوده . وتوضيح ذلك أن من يذهب إلى المحكمة للشهادة فى جريمة من الجرائم لا يعد قاذفا للمتهم بهذه الشهادة . وقد اختلف الفقهاء على وجه الخصوص فى الشهادة بالزنا ، فجمهورهم على معاقبة الشهود بالزنا إذا لم يبلغ عددهم أربعة شهداء ، طبقا لتفسيرهم للآية الرابعة من سورة النور . وقد خالف بعض الشافعية وبعض الحنابلة وابن حزم من الظاهرية ، ورأوا أن الشهود لا يحدون حد القذف إذا ذهبوا إلى المحكمة فى هيئة الشهود ، امتثالا لقوله تعالى : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ﴾ . أما إذا ذهبوا إلى المحكمة فى هيئة القذفة ، حسبما يتضح للقاضى من الأمارات ، فإنهم يحدون حد القذف[1] . وهذا الرأى هو الأقرب إلى الفهم الصحيح للآية الرابعة من سورة النور . ولو تلفظ بشىء من السباب بلغة لا يعرفها ، أو كتب سبابا بهذه اللغة ، موجها كلامه لأحد الناس لم تنشأ المسئولية لانتفاء القصد على وجه أدى إلى انتفاء الإساءة .

(جـ) الصدق وموافقة الواقع . توضح النصوص الشرعية أن الكشف عن الجناة وإظهارهم والإشارة إلى جرائمهم إذا تعلق به غرض صحيح أمر لا تقوم به المسئولية . ويتضح من متابعة نصوص الفقهاء أنهم لم يشاءوا حماية شرف أهدره صاحبه . ويكشف تحديدهم لمعنى الإحصان فى باب القذف واشتراطهم له فى الحد به عن هذا المعنى . ولا يجب حد القذف لهذا على من يرمى شخصا بالزنا فيثبت زناه وأنه حد فى هذه الجريمة[2] . وفى هذا المعنى يتفق الفقه الإسلامى

---

(١) المهذب : ٣٥٠/٢ ، والمغنى : ١٧٩/١٠ ، والمحلى ٢٦٠/١١ والتشريع الجنائى للمرحوم عبد القادر عودة : ٤١٩/٢ .

(٢) المهذب : ٢٨٩/٢ ، وشرح فتح القدير : ١٩٢/٤ ، وبدائع الصنائع : ٤٠/٧ ، ومواهب الجليل : ٢٩٨/٦ وما بعدها ، وكشاف القناع : ١٠٦/٦ .

والقانون الانجليزى[1] . أما القانون المصرى فيوازن المرحوم عبد القادر عودة بينه وبين الشريعة الإسلامية فى حكم هذا الدفع بقوله : (القاعدة فى الشريعة أن من رمى إنسانا بواقعة أو صفة محرمة وجب عليه أن يثبت صحة ما رماه به . فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة . أما من سب إنسانا أو شتمه فعليه العقوبة ، وليس له الحق فى إثبات صحة ما قال ، لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن أثباته بطبيعة الحال . أما من رمى شخصا بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب ، لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقذوف ، والإيذاء محرم فى الشريعة ... ويختلف قانون العقوبات المصرى عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف ، فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنسانا بشيء أن يثبت صحة ما قذفه به ، وعليه العقوبة ، ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه . والأساس الذى يقوم عليه القانون المصرى هو حماية حياة الأفراد الخاصة)[2] .

ويظهر لى مع ذلك أمر أرجو الالتفات إليه لتصحيحه إن ثبت خطؤه ، هو أن الشريعة الإسلامية لا تبيح إيذاء الذين ارتكبوا الجرائم فى الماضى بتذكيرهم بهذه الجرائم خاصة إذا عوقبوا عليها بالعقوبة التى أوجبها الشارع . يتضح هذا المعنى فى حديث أبى هريرة ، ولفظه : (أتى النبى ﷺ برجل قد شرب ، فقال : أضربوه ، فمنا الضارب بيده .... والضارب بثوبه ، فلما انصرف قال بعض القوم : أخزاك الله . قال : لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان)[3] .وقد صلى النبى عليه الصلاة والسلام على المرأة التى رجمت ، فقال له عمر : (تصلى عليها يا رسول الله وقد زنت ؟ قال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم . وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله ؟)[4] وفى التذكير الدائم بالجريمة ما يساعد على الاجتراء عليها وإشاعتها فى المجتمع الإسلامى .

---

(١) Dias and Markesinis on Tort Law, P. 341 .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى : ٤٥٦/٢ .

(٣) تخريجه وتمام لفظه فى نيل الأوطار : ٣١٧/٧ .

(٤) تخريجه وتمامه من حديث عمران بن حصين فى نيل الأوطار : ٢٨٠/٧ وما بعدها .

ولهذا فإن فوات الإحصان يدفع حد القذف ، لكن لا يعفى من العقوبة التعزيرية . وقد جاء فى كشاف القناع أن قذف (من ليس بعفيف يوجب التعزير .. كفًا له عن أذاه)[1] وكذا لو قذف من صار إلى الإسلام ، وكان متزوجا قبل إسلامه ممن لا تحل له ، ويعزر القاذف لكف أذاه[2] . وإن وجب تعزيره لم يبرأ من الضمان من باب أولى ، إذا لم يتعلق بذكر الجريمة الماضية غرض صحيح .

والأمر فى القانون الإنجليزى قريب من هذا المعنى ، فارتكاب جناية لا يبرز الإشارة إليها إذا كان القصد هو الإساءة إلى الجانى ، كما أنه لا يبرر المبالغة أو الزيادة فى وصف ما وقع بالفعل من الجانى .

(د) أداء واجب كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . ويدخل فيه فيما يظهر لى أحوال الطعن على موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية إذا تعلق الطعن بعمله وكان الهدف منه هو حماية المصلحة العامة . وإذ يشترط فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الامتناع عن التجسس لقوله تعالى : (ولا تجسسوا)[3] فإنه لايجوز لأحد أن يقتص أثر أحد ليكشف من حياته عما ستره الله تعالى عليه ، إلا إذا تعلق به حق آدمي ، والتزم فى هذا التقصى بالأحكام الشرعية . ويجوز فى هذا الإطار التعرض لما يعرف المرء من سلوك غيره عند السؤال عنه فى تزكية الشهود ، أو إذا كان شاهدا وسئل عما يعرفه عنه ، أو ما يشبهه من أحوال أداء الواجب . والقاعدة الفقهية أن أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامة .

(هـ) العفو : اختلف الفقهاء فى حكم العفو عن القذف الموجب للحد ، فلا يرى أبو حنيفة للمقذوف حق العفو بعد ثبوت الجريمة ، بحكم أن القذف حد وجب لحق الله تعالى فلا يملك العبد إسقاطه . ويرى الشافعى وأحمد حق المقذوف فى العفو عن القاذف ، تغليبا لحق العبد فى القذف . ولمالك آراء متعددة ، منها أن

---

(١) كشاف القناع : ١٠٥/٦ .

(٢) السابق : ١٠٦/٦ .

(٣) Dias and Markesinis Tort Law, P. 341 .

(٤) الحجرات : ١٢ .

العفو يصح إلى رفع الدعوى ، أو إلى سماع الشهود ، أو مطلقا كمذهب الشافعي وأحمد[1] .

(۱) فتح القدير : ١٩٨/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ١٨٩/٣ .

الفصل الثانى : جوابر الأضرار المالية والخاصة

المبحث الأول : رد الأعيان

٣٩٨ - تقديم : يفضل الناس كما لا يخفى صفة الوضوح فى القوانين التى يتبعونها للوصول إلى حقوقهم على الالتزام بصفة البراعة وتحرى العدالة المطلقة فى إيصال هذه الحقوق . ويرجع هذا التفضيل لأسباب عملية ، تتمثل فى انخفاض تكلفة المطالبة بالحق، وقلة الإجراءات ، مما يوفر الوقت والجهد . ويتضح لى عند مقارنه أسلوب تقدير الواجب فى الإصابات البدنية فى الفقه بنظيره القانونى أن الأولوية لصفة الوضوح فى التقدير الشرعى ، وهى سبيله إلى تحقيق العدالة ، على حين أن القوانين الحديثة تعمد فى تقدير الواجب بهذه الإصابات إلى تحرى العدالة ومحو آثار العدوان . ولذا يعمد القانون الانجليزى ، على سبيل المثال ، إلى حساب مقابل الألم والمعاناة Pain and suffering والفقد Bereavement ونقص الأجل Loss of expectation of life والمكاسب الضائعة Lost gain . وقد أدى هذا التعقد فى حساب الواجب إلى تفلت العدالة المنشودة وضياعها ، وهو ما يكشف عنه اتجاه القضاء الإنجليزى إلى التخفيض فى تقدير التعويضات عموما ، كما يكشف عنه التفاوت بين الناس فى تقدير الواجب لهم تبعا لاختلاف منازلهم الاجتماعية . وبالإضافة إلى ذلك فإن طول إجراءات التقاضى وارتفاع تكلفته من الأمور التى تكشف عما جره تعقد أساليب حساب الواجب فى الضمان .

٣٩٩ - ويتمثل وضوح الأسلوب الشرعى فى تقدير الواجب فى تحديد مقادير الديات والأروش المقدرة وترك الأمر إلى المختصين فى الأروش غير المقدرة . ومفاد هذا التقدير تيسير مهمة القاضى ومعرفة المتقاضين حقوقهم وواجباتهم بالتقريب من قبل رفع الأمر إلى المحكمة . وهو طموح تسعى النظم القانونية الحديثة إلى تحقيقه ، لأهميته فى توفير الإحساس بالرضا والعدل .

ويتسم أسلوب حساب جوابر الأضرار المالية بسمة الوضوح كذلك . بل إن هذه السمة فى حساب هذا النوع من الجوابر أيسر إدراكا منها فى جوابر الأضرار البدنية . ويرجع السبب إلى سهولة المقابلة بين الأضرار المالية وجوابرها للتماثل بينهما . والضابط الذى أقامه الشارع لتقدير هذه الجوابر هو المثلية . ومستند هذا الضابط النصوص والعموم المستفاد من أحكام الشارع .

أما النصوص فمنها قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ وقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ . وفى شرع القصاص فى النفس والجروح ومعاملة الأعداء فى السلم وفى الحرب ما يدل على اعتبار الشرع للمثلية عموما .

٤٠٠ – المثلية فى القانون الإنجليزى : يقدر الواجب فى الأضرار المالية فى هذا القانون بإيجاب القيمة السوقيةMarket Value للتالف إن كان التلف كليا ، وأرش النقصان ، وهو الفرق بين قيمة التالف سليما وقيمته السوقية معيبا إن كان التلف جزئيا[١] . وبهذا يتضح اتفاق الفقه الإسلامى والقانون الإنجليزى فى ضابط تقدير الواجب فى الضمان . وقد آل الأمر فى هذا القانون إلى طرد تطبيق هذا الضابط فى حساب الأضرار المالية المتنوعة التى لحقت بالمتضرر وتقدير قيمتها وإيجاب مثل هذه القيمة على المتسبب فى الضرر .

يكشف عن أسلوب تطبيق ضابط المثلية فى أحوال التلف الكلى Loss فى هذا القانون النظر إلى الحكم فى قضية .Liesbosch Dredger v. S. S Edison ، الصادر عام ١٩٣٣[٢] . ففى هذه القضية تسببت سفينة أمريكية فى إغراق حفار للمدعى خارج ميناء Parras اليونانى ، حيث كان هذا الحفار يعمل بموجب عقد بين المدعى وبين الهيئة المسئولة عن الميناء . وأنذرت هذه الهيئة المدعى بإعمال نصوص العقد إذا تأخر فى تنفيذ التزامه ، وهو ما يعنى المطالبة بغرامات التأخير ومصادرة التأمين الذى كان مقداره

---

(١) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 427 .

(٢) Ibid, P. 92 and Remedies of English Law F. H. Lawson, P. 89 .

كبيرا . ولما كان المدعون عاجزين عن شراء حفار آخر من هولندا وتحمل تكلفة شحنه إلى الميناء اليونانى فقد اضطروا إلى استئجار حفار من إيطاليا للعمل محل الحفار الغارق . وقد حكم مجلس القضـاة فى هذه القضية بالتعويض عن الأمور التالية :

(أ) القيمة السوقية للحفار الغارق ، وهو ما يقابل ثمن المثل فى اصطلاحات الفقه الإسلامى .

(ب) أجرة الحفار البديل وتكلفة التأمين عليه .

(جـ) نفقة شحنه إلى ميناء بـراس اليونانى .

(د) التعويض عما فات من كسب فى الفترة بين غرق الحفار ووصول بديله .

ومن الواضح أن القيمة السوقية للمال غير قيمة شرائه جديدا ، حيث يدخل فى الاعتبار ظروف الشيء التالف وحالته . ولذا فإن القيمة السوقية تقدر بالنظر إلى حالة المال من القدم أو الجدة ومن السلامة أو التعيب .

أما عند التلف الجزئى Damage فإن الواجب هو ما نقص من القيمة[1] ، أو قيمة ما نقص[2] . ويوجب الإتلاف الجزئى للمنقولات على وجه العموم قيمة الإصلاح Cost of Repair إلا إذا زادت تكلفة الإصلاح عن النقص فى القيمة فيستحق المالك قيمة الشيء الذى لحقه التلف . وعادة ما تقدر تكلفة الإصلاح بالنظر إلى وقت حدوث التلف إلا إذا تراخى وقت حدوثه عن وقت اكتشافه بفترة تغيرت فيها الأسعار فيرجع إلى الوقت الأخير . ولا يختلف الواجب فى إتلاف الأموال أو تعييبها فى الفقه الإسلامى والقانون الإنجليزى بوجه عام ، حسبما يتضح فيما يلى .

٤٠١ – وجوب الرد : لا ينقطع الملك بالغصب أو حيازة مال الغير بغير حق ، ويجب على الحائز رد المال لصاحبه حسبما أوجبته نصوص القرآن الكريم والسنة وإجماع الفقهاء .

---

(١) Lessened Value of the property .

(٢) Value of the part severed .

أما من القرآن فقوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[1] . وقوله : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾[2] . ووجه الاستدلال أن الأكل عام يشمل الانتفاع ، وهو لازم الحيازة ، فوجبت التخلية ورد الأموال إلى أصحابها .

وفى السنة قوله ﷺ : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا ، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه »[3] . وقال ﷺ أيضا : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه »[4] . وبينت السنة كذلك أنه لا ضرر ولا ضرار ، كما بينت مبدأ حرمة دم المسلم وعرضه وماله ، وهو ما يدل على وجوب رد المال لصاحبه . وروى عن النبى ﷺ أنه قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدى[5] .

وقد أجمع الفقهاء على هذا المعنى ، ففى بداية المجتهد أن (الواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه . وهذا لا خلاف عليه)[6] . ودليل وجوب الدر من المعقول فيما يذكر السرخسي أن الغاصب مفوت يد المالك بالأخذ ، (واليد لصاحب المال فى ماله مقصود ، به يتوصل إلى التصرف والانتفاع ، ويحصل ثمرات الملك . فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه . وأتم وجوهه رد العين إليه ، ففيه إعادة العين إلى يده كما كان فهو الواجب الأصلى لايصار إلى غيره إلا عند العجز عنه)[7] .

ويترتب على الحكم بأن رد المغصوب هو الحكم الأصلى أمران : **أولهما** :

---

(١) النساء : ٢٩ .
(٢) البقرة : ١٨٨ .
(٣) انظر تخريجه فى نيل الأوطار : ٦٢/٦ .
(٤) السابق .
(٥) الدراية فى تخريج أحاديث الهداية لابن حجر : ٢٠٠/٢ ، والتلخيص الحبير لابن حجر : ٥٣/٣ .
(٦) بداية المجتهد لابن رشد : ٢٣٧/٢ ط . لاهور .
(٧) المبسوط : ٥٠/١١ .

أنه لا يجوز للغاصب الاحتفاظ بالمغصوب ولو مع إبداء استعداده لدفع قيمته إذا لم يوافق المالك ، إلا إذا قام سبب من الأسباب الناقلة للملك ، طبقا لما سلف ذكره من اختلاف الفقهاء فيه . والآخر أنه لا يجوز للمالك المطالبة بقيمة المغصوب مع بقاء عينه ، ويجبر على أخذه[1] . وتشير المادة ١٣٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية إلى هذا المعنى ، ونصها : (يجب على الغاصب رد المغصوب لمالكه في المحل الذى غصبه فيه إن قدر عليه ، ولا يجبر على قبول عوضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته) .

وقد اعتبر أكثر الأحناف أن الرد هو (الموجب الأصلي ، ورد القيمة مخلص ، خلفا عنه ، لأنها (أى القيمة) قاصرة ، والكمال في رد الصورة والمعنى . وقيل الموجب الأصلي القيمة ، ورد العين بذل عنها . ولذا يعتبر في رد ذوات الأمثال قيمة المغصوب يوم غصبه . ويظهر ذلك في بعض الأحكام ، منها إذا غصب جارية قيمتها ألف وله ألف حال عليها الحول لم تجب عليه الزكاة ، لأنه مديون والزكاة غير واجبة عليه)[2] ، أى أنه مدين بقيمة الجارية ، وتصير ذمته مشغولة بهذا الدين ، بحكم أن القيمة هى الموجب الأصلي فلا تجب الزكاة . وكذا لو أبرأ المغصوب منه الغاصب حال قيام العين برىء من الضمان . ولا يجب عليه شيء لو هلك المغصوب بعد ذلك . ومن المحتمل أن اعتبار رد المثل أو القيمة هو الواجب الأصلي مبناه أن الأعيان لا تثبت في الذمم ، لكن ذمة الغاصب مشغولة بحق المغصوب منه ، فوجب أن يكون ذلك بإثبات المثل أو القيمة . ويعارض هذا النظر أن إيجاب رد العين على الغاصب لا يعنى شغل ذمته بهذه العين ، وإنما تنشغل الذمة بإيجاب العمل على تسليم المغصوب لمالكه[3] . ويجوز شغل الذمة بعمل من الأعمال ، كما هو الحال في التزامات الأجراء والصناع والبائع

---

(١) بدائع الصنائع : ١٤٨/٧ ، ولسان الحكام : ٣٠٥ ، والمهذب : ٣٦٧/١ ، ونهاية المحتاج : ١٤٩/٥ ، وشرائع الإسلام : ٢٣٩/٣ ، والمبدع : ١٥٤/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ ، والخرشى : ١٣٢/٦ ، وشرح المجلة لسليم رستم باز : ص ٤٨٨ .

(٢) تبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ .

(٣) تبيين الحقائق : ١٥٨/٤ .

بتسليم المبيع والمشترى بتسليم الثمن . أما إذا عجز عن الوفاء بهذا الالتزام فإنه يطالب عندئذ بوجوب رد المثل أو القيمة .

٤٠٢ – موانع وجوب الرد : يمتنع وجوب رد المغصوب لأى من الأسباب التالية : .

(أ) هلاك المغصوب لعدم القدرة على الرد مع الهلاك ، والوجوب مقيد بالقدرة على الامتثال .

(ب) عدم ولاية الدولة الإسلامية على الغاصب ، كما إذا أخذ الحربى مال المسلم أو الذمى .

(ج) تغير المغصوب فى الصورة والمعنى ، كما إذا غصب أحد حنطة فزرعها أو بيضا فأفرخ . ويتوسع الأحناف فى هذا السبب كما تقدم ، ويعتبرونه مانعا من وجوب الرد مطلقا وسببا لا نتقال ملكية المغصوب إلى الغاصب ، فلو كان قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه وخاطه قميصا فإن حق المالك ينقطع ولا يجب عليه الرد . أما غير الأحناف فلا يعتبرون مجرد التغيير سببا كافيا لانقطاع حق المالك فى المغصوب ، ويشترطون فيه ألا يمكن لحظ أصل المغصوب بعد تغيره ، كالبذور تزرع والبيض يفرخ ، كما يشترط بعضهم ألا يؤدى الرد إلى الإضرار بالغاصب ضررا يمنع الشرع منه ، كما لو غصب خيطا فخاط به جرح حيوان أو إنسان فإن الرد لا يجب .

(د) تضرر الغاصب برد المغصوب ضررا يزيد على تضرر المالك من عدم الرد . والقاعدة الفقهية أنه يختار أهون الشرين ، كما يدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف . ومن فروعها فيما يذكره ابن نجيم أنه (لو غصب ساجة ، أى خشبه ، وأدخلها فى بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة . وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها . ومنها لو غصب أرضا فبنى فيها أو غرس ، فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها .. وإلا ضمن له قيمتها . ومنها لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر إلى أكثرهما قيمة

---

(٥) رد المحتار : ٢٦٧/٣ طبعة المكتبة الماجدية ، باكستان ١٣٩٩ .

فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل)[1] . ويشترط غير الأحناف أن يكون تضرر الغاصب ممنوعا منه شرعا ، كما إذا غصب خيطا فخاط به جرح إنسان أو حيوان ، فلا يكلف نزعه للضرر .

٤٠٣ – مؤنة الرد : يكلف الغاصب رد المغصوب إلى محل غصبه ، فما يتكلفه من مؤنة الحمل والنقل واجب على الغاصب وإن بلغت هذه المؤنة أضعاف قيمة المغصوب . (مثلا . لو غصب متاعا فنقله إلى بلاد بعيدة ، لا يمكن إرجاعه إلا بمؤنة كثيرة ، أو حيوانا فانفلت بمكان يعسر مسكه إلا بنفقة ، أو حنطة فاختلطت بتميز يحتاج فى تخليصة إلى أجرة ، يلزم الغاصب جميع ذلك مهما بلغ)[2] . وهو مذهب الشافعية[3] . ومذهب الأحناف وجوب دفع القيمة عوضا عن رد العين إذا زادت مؤنة حملها. وهو ما نص عليه المالكية؛ ففى حاشية الخرشى أنه إذا وجد المغصوب فى غير محل الغصب فللمالك أخذه فى هذا المحل ، إلا أن يكون فى نقله مؤنة فإن له أخذه فى محل وجوده أو يأخذ قيمته يوم غصبه[4] . ومرد ذلك إلى الموازنة بين تضرر الغاصب من الرد إلى مكان الغصب وبين تضرر المالك من فقد العين ، ودفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف . وقد نصت المادة ١٩٢ من القانون المدنى العراقى على هذا المعنى بلفظ : (يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه فى مكان الغصب إن كان موجودا . وإن صادف صاحب المال الغاصب فى مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك ، وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار) .

ويلزم الغاصب نفقة الرد فى أحوال وجوب المثل كذلك . يدل عليه الحكم فى قضية الأعرابى الذى (أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه ، فقال إن بنى عمك عدوا على إبلى فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال له عثمان رضى الله تعالى عنه :

---

(١) غمز عيون البصائر للحموى : ١٢٢/١ .
(٢) مادة ١٣٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية .
(٣) نهاية المحتاج : ١٤٩/٥ ، ١٦٣ ، ١٨٧ .
(٤) مادة ٨٩٠ من مجلة الأحكام العدلية والخرشى : ١٣٩/٦ .

إذا نعطيك إبلا مثل إبلك وفصلانا مثل فصلانك . فقال إذا تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادى ،فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، فقال : بينى وبينك عبد الله . فقال عثمان رضى الله عنه : نعم . فقال عبد الله رضى الله عنه : أرى أن يأتى هذا واديه فيعطى ثمة إبلا مثل إبله ، وفصلانا مثل فصلانه ، فرضى عثمان رضى الله عنه بذلك وأعطاه)[١] . فانظر كيف اعطاه إبله وفصلانه فى مكان الغصب والتلف ، ومقتضاه أن الغاصب هو الذى تحمل تكلفة النقل ومؤنة الرد إلى مكان الغصب . ولو هلك المغصوب فى الطريق قبل التمكن من الرد لم يبرأ الغاصب ويطالبه المغصوب منه . ويتخرج على تحمل الغاصب مؤنة الرد أن نفقة تأمين النقل عليه كذلك .

٤٠٤ - مؤن التعييب والتقاضى : يتحمل الغاصب ما يلزم لرد العين سليمة إلى مالكها فى مكان أخذها ، فيجب عليه كذلك نفقة إصلاح الغيب وعلاج الحيوان . وقد نص الفقهاء على أن من غصب ثوبا وخرقه فإن أجرة رفوه عليه ، وأن من غصب حيوانا ومرض عنده فإن أجرة الطبيب وثمن الدواء عليه كذلك . علته أن الواجب على الغاصب هو رد المغصوب بحالته التى أخذه بها ، ولا يتمكن من أداء هذا الواجب إلا بالعلاج والإصلاح فكان عليه[٢] . وتقابل هذه النفقة ما هو معروف فى القانون الإنجليزى بعنوان Allowance of an[٣] improvement of the goods وعلى الغاصب أيضا نفقة التقاضى وما تحمله صاحب المال فى الدعوى ، لتعديه بالتسبب فى إتلاف مال الغير فيضمنه . جاء فى كشاف القناع : (لو مطل المدين رب الحق حتى شكى عليه فما غرمه رب الحق فعلى المدين المماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد .. لأنه تسبب فى غرمه بغير حق)[٤] . وهو ما نص عليه ابن تيمية أيضا[٥] . والشرط ألا يبالغ فيما ينفقه وألا يجاوز المعتاد فى نفقته ، فلا رجوع له على المعتدى فيما جاوز فيه المعتاد .

---

(١) المبسوط : ٥٣/١١ .

(٢) الخرشى : ١٥٠/٦ .

(٣) Dias and Markesinis Tort law, P. 497 .

(٤) كشاف القناع : ٤١٩/٣ .

(٥) مختصر الفتاوى المصرية ص ٤٣٦ .

ويتفق مذهب المالكية فى هذا مع المذهب الحنبلى[1] ، وهو قياس مذهب الأحناف والشافعية .

٤٠٥ – النفقة على المغصوب : لاحق للغاصب فى الرجوع بما أنفقه على مال غيره ، لأنه متعد وليس لعرق ظالم حق ، ولأنه فضولى لا يستند فعله فى الإنفاق إلى ولاية على صاحب المال أو إذن منه أو قضاء فلا يرجع بما أنفق ، لأنه لا إلزام بدون التزام . وفى المادة (٩٠٨) من مجلة الأحكام العدلية أنه (إذا كرب أحد أرض آخر غصبا ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة أجرة فى مقابلة الكراب) . وفى البدائع أنه (لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ صح .. لا يرجع الغاصب على المالك بما أنفق ، لأنه أنفق على مال الغير بغير إذنه ، فكان متبرعا . وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه . وكذلك لو كان نخلا اطلع فأبره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شىء للغاصب فيما أنفق لما قلنا .. ولو غصب ثوبا ففتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شىء للغاصب ، لأنه ليس للغاصب عين مال متقوم فيه . أما الفتل فإنه تغيير الثوب من صفة إلى صفة)[2] وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة ؛ ففى الأم أن ما يحدثه الغاصب فيما اغتصبه مما لا عين له ، (مثل الماشية يغصبها صغارا والرقيق يغصبهم صغارا فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتى يأتى صاحبهم وقد أنفق عليهم أضعاف ثمنهم فليس له شىء)[3] . وفى مغنى المحتاج أن زيادة المغصوب إن كانت (أثرا محضا كقصارة لثوب وخياطة .. وطحن حنطة وضرب السبائك دراهم وضرب الطين لبنا .. فلا شىء للغاصب بسببها لتعديه بعمله فى ملك غيره)[4] . وهو مذهب الحنابلة أيضا ؛ ففى كشاف القناع أنه لا شىء (للغاصب بعمله المؤدى إلى الزيادة ، لأنه تبرع فى ملك غيره فلم يستحق لذلك عوضا ، كما لو غلى زيتا فزادت قيمته)[5] .

---

(١) الخرشى : ١٤٣/٦ ، ١٤٤ ، وحاشية العدوى فى الموضع نفسه وحاشية الدسوقى : ٤٥٥/٣ .

(٢) بدائع الصنائع : ١٦٢/٧ .

(٣) الأم : ٢٢٦/٣ .

(٤) مغنى المحتاج : ٢٩١/٢ .

(٥) كشاف القناع : ٨٨/٤ .

أما المالكية فمذهبهم كما يقول خليل أن ما أنفق فى الغلة . ومعناه (أن ما أنفقه الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقى الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحوه يكون فى الغلة التى تكون لربه كأجرة العبد والدابة والأرض ، يقاصصه بها . فإن تساويا فواضح ، وإن نقصت الغلة فليس للغاصب الطلب بالزائد لظلمه . وإن زادت على النفقة كان لربه أخذ ما زاد)[1] ومقصود هذا الرأى هو الجمع بين مصلحة كل من الغاصب والمالك . أما الأصول العامة فتقضى بوجوب نفقة المرء على ما يملكه ، لأن هذه النفقة وجبت عليه بمقتضى ملكه ، ولذا يجبر عليها لو امتنع عن الإنفاق على حيواناته . وكان القياس لهذا أن تجب النفقة على الغاصب بالغة ما بلغت ، إذا لم تتجاوز المعتاد المألوف .

وإنما استحسن الجمهور ألا يرجع الغاصب على المالك بما أنفقه لتعديه ولانتفاعه بهذه النفقة حفظ المغصوب الذى يلتزم برده . ومن جهة أخرى فإنه لو وجب له حق الرجوع على المالك لجاز له إمساك العين فى مقابل حقه بما يعود على أصل الباب بالتناقض . ولعل الرغبة فى استبعاد هذا الحق هو سبب تقييد المالكية حق الرجوع فى نفقة المغصوب بغلته .

٤٠٦ – ما يتحقق به الرد : يبرأ الغاصب برد المغصوب لصاحبه لأنه هو الواجب عليه حسبما تقدم ، ولا يسأل عما يحدث للعين بعد ردها لصاحبها من تلف أو فوت ، إلا إذا أضيف هذا التلف أو الفوت إلى سبب من جهة الغاصب . ويتحقق الرد بالتخلية بين المال وصاحبه وبدفعه إليه وبكل ما يعد تسليما للمغصوب فى العرف والعادة وإن لم يعلم صاحب المال بهذا التسليم ، (لأن إثبات اليد على العين أمر حسى لا يختلف بالعلم أو الجهل . ولذا لم يكن العلم شرطا لتحقيق الغصب فلا يكون شرطا لبطلانه)[2] . ويبرأ الغاصب بناء عليه لو سلم العين لصاحبها بإيداع أو قرض أو هبة أو إجارة أو ضيافة ، كما لو

---

(١) الدسوقى : ٣/٤٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع : ٧/١٥٠ .

كان المغصوب طعاما فقدمه الغاصب لصاحبه فأكله . يقول السرخسى : (غصب من رجل ثوبا ، ثم إن الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب . وكذلك المكيل والموزون إذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برىء عن الضمان عندنا . وفى أحد قولى الشافعى رضى الله عنه لا يبرأ ، لأنه ما أتى بالرد المأمور به ، فإنه غرور منه ، والشرع لا يأمر بالغرور .. ولأنه ما أعاد إلى ملكه كما كان ، لأن المباح له الطعام ، ولا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصرا فى حكم الرد . ولو جعلنا هذا ردا تضرر به المغصوب منه لأنه أقدم على الأكل بناء على خبره أنه أكرم ضيفه ولو علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله إلى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقى الضمان على الغاصب)[1] . وقد أراد المالكية ضبط هذا الغرور الذى يمنع الاسترداد باشتراط كون الطعام الذى أكله المالك من جنس ما يقدم إليه وفى مستواه وإلا لم يبرأ الغاصب من وجوب الرد وكان غارا .

ولا تتعين النقود بالتعيين ، فلو سلم الغاصب المغصوب منه قدر ما أخذه من النقود برىء ، إذ لا يشترط رد عينها .

وإنما يبرأ الغاصب الثانى بالرد إلى الغاصب الأول أو المالك ، إلا إذا هلكت العين ، ووجب عليه رد المثل أو القيمة فإنه لا يبرأ بالرد إلى الغاصب الأول عند أبى يوسف خلافا لأبى حنيفة ومحمد . دليل أبى يوسف أن الضمان الواجب على الغاصب الثانى للمالك فلا يبرأ بأدائه إلى غيره . ولهما أن أداء المثل خلف عن العين فيبرأ برد المثل أو القيمة إلى الغاصب الأول ، مثلما يبرأ برد العين إلى من أخذها منه[2] .

٤٠٧ - الرد فى القانون الإنجليزى : ترك القانون الإنجليزى ، طبقا لما سلفت الإشارة إليه ، الحكم برد المنقولات المغصوبة Restituiton of the Goods إلى كل من اختيار المدعى والمدعى عليه وتقدير المحكمة . فقد أجازت

---

(١) المبسوط للسرخسى : ١١/١٠٠ .

(٢) البدائع : ٧/١٥١ .

المادة الثالثة من قانون ضمان المنقولات Torts (interference with goods) Act الصادر عام ١٩٧٧ فى فقرتها الثانية والثالثة للمدعى عليه اختيار دفع القيمة بدلا عن العين ، كما أباحت هاتان الفقرتان للمدعى المطالبة بالقيمة بدلا عن استرداد المنقول . ويفسر Lawson هذا التردد فى إعطاء المالك الحق فى استرداد ملكه ، مما (يعد نقصا فى القانون) ، على حد تعبيره ، بالإشارة إلى نوعين من الأسباب . أولهما : تاريخى يتعلق بالصعوبات العملية التى يقتضيها البحث عن المغصوب نفسه ، وتكليف الحاكم Sheriff بالاستيلاء على العين المغصوبة ، وذلك فى مقابل السهولة النسبية التى يقتضيها تنفيذ الحكم بضمان القيمة ، وهو ما لا يستلزم سوى الاستيلاء على جزء من أموال المدعى عليه لإجباره على دفع القيمة أو لبيع ما يكفى من أمواله للوفاء بهذه القيمة . والثانى عملى ينطبق على الحاضر والماضى على السواء ، ويتمثل فى أن الغالب فى المنقولات المغصوبة أنها من المثليات Fungible التى يتيسر التبادل فيما بينها دون إلحاق ضرر يذكر بالمالك أو المدعى . أما الأموال الأخرى غير المثلية بطبيعتها أو التى يتعلق ما لكونها بها تعلقا شخصيا فلم يكن غصبها كثير الوقوع إلى الحد الذى يوجب الإلزام برد أعيانها . ومن جهة أخرى فقد ساد النظر إلى المنقولات بعين الاستخفاف الذى تدل عليه القاعدة القانونية اللاتينية[1] (Res Mobilis Res Vilis) القاضية بأن ما لا قرار له لا قيمة له . وقد ناسب هذا الاستخفاف بالمنقولات عدم الإصرار على حق المالك فى استرداد أعيانها[2] .

وقد ترك لمحاكم العدالة Equity Courts بعد قيامها إلزام المدعى عليه بتسليم المنقولات المغصوبة وأن تجبره على ذلك بحبسه إذا امتنع عن الوفاء بهذا الواجب إن رأت المحكمة أن رفع الضرر لا يتحقق إلا به وأصر المدعى على الاسترداد .

أما فى العقارات فلم يترك القانون الإنجليزى مثل هذه الحرية فى التقدير لأحد ، وأخذ بوجوب رد الأعيان لأصحابها . ولم يشهد تاريخ هذا القانون

---

(١) معنى هذه القاعدة فى الانجليزية : Movables are Cheap .

(٢) Remedies on English Law, F. H. Lawson, 2nd edition, P. 204 .

أى نوع من التردد حيال حق المدعى فى استرداد عقاره ممن استولى عليه بغير حق . وقد يعلل هذا الاطراد فى التاريخ بأهمية الأرض فى حياة الناس وارتباط حياتهم بها ، كما أنه قد يعلل كذلك بغلبة الإقطاع وسيطرته وآلتزام السادة بحماية أراضيهم لأسباب تتعلق بفرض السلطان والنفوذ .

ويطلق على دعوى استرداد العقار اصطلاح دعوى الطرد Ejectment التى تنشأ فى الغالب لمواجهة مخالفة المستأجر شروط عقد الإجارة ، أو لرفضه تسليم الأرض لمالكها بعد انتهاء مدة الإجارة . وقد اتسمت الإجراءات فى تاريخ القانون الإنجليزى بالتعقيد فيما يتعلق بهذا النوع من الدعاوى ، فقد خضع التقاضى فى هذه الدعاوى قرونا عديدة لحيلة إجرائية تمثلت فى افتراض شخصيتين خياليتين ، أولهما John Doe الذى كانت الأرض فى يده وأجرها للآخر وهو Richard Roe الذى يقابل المدعى عليه فى الواقع . ولا يلبث هذا المدعى عليه المفترض أن ينسحب من الدعوى ، على أساس أنه لا يدعى حقا فى الأرض موضوع النزاع ، طالبا من المدعى عليه الحقيقى أن يتقدم إلى المحكمة بأدلته على حقه فى هذه الأرض . وقد نجح القانون الإنجليزى فى إزاحة هذا التعقيد الإجرائى منذ ما يزيد عن قرن ، واعترف بحق صاحب الأرض فى استردادها ، فانتهت بهذا أشهر حيلة فى تاريخ هذا القانون .

وإنما لم يعرف الفقه الإسلامى التفريق بين العقار والمنقول فيما يتعلق بوجوب رد المغصوب منهما ، لأن النصوص الشرعية حددت أسباب انتقال الملكية وأوجبت على الغاصب إعادة المال ، عقارا أو منقولا ، لصاحب الحق فيه .

٤٠٨ – الظفر بالحق Self help : يعنى الظفر بالحق أن يصل صاحب المال لحقه بنفسه دون لجوء للوسائل القضائية فى رفع الدعوى والتقاضى والانتظار إلى صدور الحكم[1] ، فهو عبارة عن أخذ صاحب الحق ماله بغير رضا المدين به ولا حكم الحاكم[1] . ويتنازع النظر فى حكم هذا الأخذ

---

(١) يختلف عن دفع الصائل self defence فى أن هذا الأخير لدفع الضرر قبل وقوعه أما الظفر فلرفع هذا الضرر بعد الوقوع .

من الوجهة الفقهية مصلحتان معتبرتان شرعا . أولاهما مصلحة صاحب المال فى تحصيله ، والأخرى مصلحة صاحب اليد فى إقراره على ما تحت يده وسد أبواب التنازع ، ووجوب أن يتقدم كل من يرى لنفسه حقا إلى القاضى ، حتى لا يعمد كل أحد إلى أخذ أموال الآخرين بادعاء الظفر بحقه . والخلاف بين الفقهاء فى مسألة الظفر مبناه على الاختلاف فى تغليب إحدى المصلحتين والترجيح بينهما . وينقل ابن اللحام اختلاف الحنابلة بقوله : (مسألة الظفر اختلف العلماء فيها . فمنهم من قال بعدم الجواز بكل حال ، وهو قول مجاهد والحسن وعطاء الخراسانى ، ومالك فى رواية وأحمد . واحتج أحمد فى مواضع بقول النبى ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » . واستدلاله بالحديث يدل على ثبوته . ولهذا جعله القاضى رواية عنه بثبوت الحديث . وهو يخالف رواية مهنا عنه بإنكاره . واحتج أيضا بأنه « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » .

(وأما من قال بالجواز فلقوله ﷺ : لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . وهو قول الشعبى وفكرمة وابن سيرين والنخعى ومالك فى المشهور عنه والشافعى وأبى ثور . وخرجه بعض أصحابنا رواية عن أحمد فى جواز أخذ الزوجة من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف . وقد نص أحمد على التفريق بينهما فلا يصح التخريج المذكور ، وأشار إلى الفرق بأن المرأة تأخذ من بيت زوجها ، يعنى أن لها يدا وسلطانا على ذلك ، وسبب النفقة ثابت وهو الزوجية فلا تنسب إلى الخيانة . وعكس ذلك طائفة من الأصحاب وقالت : إذا ظهر السبب لم يجز الأخذ بغير إذن لإمكان البينة عليه ، بخلاف ما إذا خفى عليه فإنه يتعذر وصول حقه إليه حينئذ بدون الأخذ خفية . وأجاب القاضى أبو يعلى عن حديث هند : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف وبجوابين : أحدهما : أن الأخذ هنا لإحياء النفوس ، ولذلك جاز بدون إذن ، كأخذ المضطر مال غيره . **الجواب الثانى** : أن قوله خذى حكم فتيا ، ومع حكم الحاكم يجوز الأخذ بغير إشكال . وقد أشار أحمد فى رواية حرب إلى الفرق بين الأخذ من الأمانات كالودائع ، ومن غير الأمانات . فقال فى الأمانات لا يأخذ للأمر برد الأمانات

إلى أهلها . وقال فى غير الأمانات فيه اختلاف وكأنه كرهه)[1] .

وتُعَبِّر هذه التخوفات التى أبداها من كره الاستيلاء على الحق وأخذه خارج إطار التنظيمات القضائية والإجراءات المحددة شرعا عن الالتفات إلى أهمية الحفاظ على هذه التنظيمات والإجراءات وعدم تجاوزها فى أخذ الحقوق . لكن يبدو أن الاتجاه إلى كراهية الظفر بالحق هو الذى رجحه فقهاء المذهب الحنبلى ؛ ففى كشاف القناع أن (من له على إنسان حق لم يمكن أخذه منه بحاكم وقدر له ، أى للمدين ، على مال لم يجز ، أى يحرم على رب الحق فى الباطن أخذ قدر حقه . لقوله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك ..» . ولأن التعيين والمعاوضة لا يجوز بغير رضا المالك .. لكن لو غصب ماله جهرا أو كان عنده عين ماله فله أخذ قدر المغصوب جهرا)[2] . واشترط بعضهم ألا يفضى الأخذ فى هذين الاستثناءين إلى الفتنة واشتداد النزاع[3] .

وقد تردد الأحناف فى حكم الظفر بالحق كذلك ، لكن رجح البعض حرمته ، ففى الفتاوى الغياثية أن (من له على آخر دين فأخذ من ماله مثل حقه صار غاصبا ، لأنه أخذ بغير إذنه ، ويصير ما أخذه قصاصا بما له عليه . قال الصدر الشهيد : المختار أنه لا يصير غاصبا ، لأنه أخذ بإذن الشرع . ولو أخذ ذلك غير صاحب الدين ودفعه إليه ، قال محمد بن سلمة : المغصوب منه بالخيار : إن شاء ضمنّ الآخذ وإن شاء ضمَّن صاحب الدين ، لأن الأول غاصب والثانى غاصب الغاصب ، أو غير غاصب لكن المال مضمون عليه . فإن اختار تضمين الأول الآخذ لم يصر قصاصا بدينه . وإن اختار تضمين صاحب الدين صار قصاصا . وقال نصير رحمه الله : لا خيار ، ويجعل الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذه حقه . وما قاله نصير أليق بالقول المختار الذى ذكرناه ، وعليه الفتوى)[4] . وقد ذكر ابن عابدين اختلاف متقدمى الأحناف ومتأخريهم

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية : ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٢) كشاف القناع : ٣٥٧/٦ .

(٣) السابق ، ومختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ص : ٩٠٦ .

(٤) الفتاوى الغياثية لداود بن يوسف الخطيب : ص ١١٩ ، وانظر مجمع الضمانات : ص ١٢٥ .

فى حكم الظفر ، ونسب إلى المتقدمين القول بحرمته وإلى المتأخرين ترجيح جوازه ، مفسرا هذا الاختلاف بأنه اختلاف أزمنة بقوله : (عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق . والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان ، لا سيما فى ديارنا لمداومتهم للعقوق :

عفاء على هذا الزمان فإنه   زمان عقوق لا زمان حقوق
وكل رفيق فيه غير مرافق   وكل صديق فيه غير صدوق[1]

ومشهور مذهب مالك أنه لا حق للدائن فى أخذ عين ماله أو جنسه إلا بقضاء . وحديث هند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » محمول على أنه كان حكما قضائيا للنبى ﷺ . وقد انتصر خليل لهذا الرأى فى باب الوديعة ، فنص على أنه لا يجوز للمودَع الأخذ من وديعة من ظلمه بإنكار مثلها[2] . وحجة أصحاب هذا الرأى أنها (دعوى فى مال على معين فلا يدخله إلا القضاء)[3] . والاتجاه الآخر فى المذهب أنه يجوز لمن ظفر بجنس حقه أو بعينه أن يأخذه بشروط أربعة :

١ – أن يأمن الآخذ على نفسه العقوبة بضرب أو حبس أو قطع .
٢ – أن تؤمن الفتنة .
٣ – أن يأمن الغاصب نسبة نفسه إلى ارتكاب جريمة من الجرائم كالغصب والسرقة .
٤ – إذا كان المأخوذ منه ملدًا فى إنكار الحق ظالما[4] .

ويرجح هذا الرأى عدد من كبار علماء المذهب ، كاللخمى وابن يونس وابن رشد والمازرى والزرقانى والبنانى[5] .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٢٢٠/٣ .
(٢) تهذيب الفروق والقواعد السنية لمحمد على بن حسين : ٢٠٧/١ ، والفروق : ٢٠٨/١ .
(٣) السابق .
(٤) السابق وحاشية الدسوقى : ٤٣١/٣ .
(٥) تهذيب الفروق : ٢٠٧/١ .

ومذهب الشافعية أن للمالك أخذ ماله من غاصبه ، سواء ظفر بعين ماله أو بجنسه أو بغير جنسه . ويستدلون لمذهبهم بقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾[1] وبقوله : ﴿ ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ﴾[2] وبقوله : ﴿ والذين إذا أصابهم البغى هم ينتصرون ﴾[3] . ويستدلون كذلك بحديث هند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، ويرون أنه كان إفتاء من النبى ﷺ لاقضاء ، (لأن أبا سفيان كان آنذاك بالمدينة ، والقضاء على الحاضر من غير إعلام ولا سماع حجة لا يجوز فيتعين أنه فتوى)[4] .

وترشد حكاية هذه الآراء إلى الأمور التالية :

١ — جواز أخذ الحق عند الظفر به ديانة ؛ فلا يعد الآخذ لحقه غاصبا أو كالغاصب .

٢ — اشتراك المذاهب الفقهية فى التردد بين تغليب مصلحة حفظ المال لصاحبه بتسليطه عليه وبين تغليب مصلحة حماية صاحب المال من التعرض للأذى والعقاب ودفع الأضرار المحتملة الوقوع إذا ترك الاستيفاء لكل أحد .

٣ — مذهب المالكية بهذه الشروط التى ضبطوها والتى عبر عنها بعض فقهاء المذهب الحنفى أولى بالقبول فيما يظهر لى ، لاجتماع النظر فيه إلى مصلحة المالك بحفظ ماله وحمايته من وقوع الضرر به .

٤٠٩ — ويتبدى هذا التردد فى نظرة القانون الإنجليزى إلى الظفر بالحق Self help حسبما اتضح فيما سبق[5] . ويعتبره البعض أسلوبا عتيقا للوصول إلى الحق فى المجتمعات التى لم تتطور نظمها القانونية والقضائية . وإذ تتقيد مسألة الظفر فى الفقه بالمنقولات فإنها تشمل فى القانون الإنجليزى صورا عديدة يرجع

---

(١) الشورى : ٤٠ .
(٢) الشورى : ٤١ .
(٣) الشورى : ٣٩ .
(٤) تهذيب الفروق : ٢٠٧/١ ، وانظر المهذب : ٢٨٢/٢ .
(٥) ص ٢٠٠ من هذا البحث .

بعضها إلى العقارات ، ولا تتضح علاقتها بجبر الضرر فى هذا القانون وضوحها فى الفقه .

ومن صور الاعتماد على الذات لنيل الحق فى العقارات أن يقوم المالك بطرد الغاصب[1]. ولا يخفى أن من يعمد إلى طرد أحد دون أن يستند إلى حق من حقوق الملكية فإنه يكون متعديا . وقد حكم لهذا بتعدى اللاعبين الذين أجبروا أحد زملائهم على مغادرة أرض الملعب بعد أن رفض الامتثال لأوامر مدربه له بالخروج ، وذلك فى قضية Collins V. Renison (١٧٥٤ م) . وإنما حكم بتعديهم بناء على أنهم لا يملكون هذه الأرض التى كانوا يلعبون عليها ، ومن ثم لم يكن لهم حق فى إجباره على الخروج منها[2] . وقد اتجه القانون الإنجليزى إلى تجريم استخدام القوة فى إجبار أحد على الخروج من أرض أو عقار ، ولو لم يكن لهذا الذى يراد إخراجه أى سند قانونى . وهذا هو ما أخذ به القانون الجنائى الصادر عام ١٩٧٧[3] . ويوجب هذا القانون الذهاب إلى المحكمة بدلا من اللجوء إلى القوة لإجبار واضع اليد على العقار دون سند قانونى على مغادرته والخروج منه . ولا حق للمالك فى انجلترا منذ عام ١٩٦٥ فى إجبار المستأجر على الخروج من العقار المؤجر ، ويعد متعديا بمحاولته ذلك .

ولعل القانون العرفى أقل بغضا للاعتماد على القوة لنيل الحق فى المنقولات . ويعترف القانون الأمريكى فيما يبدو بحق المغصوب فى الملاحقة الساخنة Hot Pursuit للغاصب أو من انتقل إليه المال بعد غصبه . ومع ذلك فإن الموقف فى انجلترا فيما يتعلق بنيل الحق فى المنقول ذاتيا يتسم بقدر غير قليل من الغموض فيما يلاحظ Lawson[4] . ويرجع هذا الغموض فيما يبدو لى إلى الرغبة فى مراعاة حق المالك فى متابعة غاصبه ، وخاصة فى المنقولات التى يفر بها غاصبها

---

(١) Remedies of English Law, lawson, P. 1 .

(٢) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 221 .

(٣) Criminal Law Act 1977 .

(٤) Remedies of English Law, P. 28 .

ويغيب عن عين المالك فى المجتمعات الصاخبة الحديثة ويؤدى تكليفه بالذهاب لقسم الشرطة إلى إعطاء الغاصب فسحة من الوقت لتغييب المال وإخفائه . وتتداخل هذه الرغبة مع الخوف مما يؤدى إليه إعطاء كل واحد الحق فى تنصيب نفسه حكما يقضى لنفسه ويأخذ من أموال الآخرين ما يراه حقا له . وتؤدى الموازنة بين حق صاحب المال وتضرره بمنعه من الظفر بحقه وبين الاضطراب العام الذى سينشأ لو نصب كل واحد نفسه قاضيا إلى تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . ولذا ينتهى Lawaon إلى أنه لا يجد سندا من نص أو سابقة فى القانون العرفى الانجليزى تؤيد مبدأ الظفر بالحق[1] .

ولا يبعد هذا التردد كثيرا عما أحس به الفقهاء المسلمون فى خصوص هذه القضية حسبما سبق بيانه .

---

(١) السابق : ص ٢٩ .

المطلب الثانى : ضمان المثل والقيمة

٤١٠ – وجوب الضمان : إذا تعذر رد العين المغصوبة أو تلفت بدون غصب أو كان المغصوب منفعة لا عينا فإن الواجب هو المثل أو القيمة . وينحصر مفهوم الضمان عند البعض كما تقدم فى هذه الأحوال التى يتعذر فيها رد أعيان الأموال . وقد سبق أن تعذر رد العين يكون لتلفها أو تعيبها عيبا فاحشا أو تغيرها تغيرًا أزال المنفعة المقصودة منها ، أو أهم أوصافها ، أو إذا اختلطت بغيرها ، أو إذا اختار المالك تضمين المثل أو القيمة فى الأحوال التى يجوز له فيها هذا الاختيار .

ولا خلاف على هذا القدر بين الفقهاء . وقاعدة الضمان عند جمهورهم وجوب المثل إن كان المغصوب أو التالف مثليا وقيمته إن كان قيميا . وطبقا لهذا الرأى لا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا إذا تعذر المثل لا نقطاعه أو لكون المال الفائت من غير المثليات ، وذلك للضرورة . ومع هذا فإن السرخسى يذكر رأيا لمن أسماهم بنفاة القياس الذين أجازوا دفع القيمة مطلقا عند فوات العين ، سواء كانت من المثليات أو القيميات . وأذكر عبارته لأهمية هذا الرأى . يقول : (المغصوب إذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة ، لأن حق المغصوب منه فى العين والمالية ، وقد تعذر إيصال العين إليه فيجب إيصال المال إليه . ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ، ومالية الشىء عبارة عن قيمته)[1] .

وقد أجمل ابن حزم آراء العلماء فى الواجب فى المثليات بقوله : (وأما القضاء بالمثل فإن المتأخرين اختلفوا ، فقال بعضهم : لا يعطى إلا القمية فى كل شىء . روينا من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن أبى إسحاق الشيبانى فيمن استهلك حنطة أن له طعاما مثل طعامه . قال سفيان وقال غيره من فقهائنا :

---

(١) المبسوط للسرخسى : ٥٠/١١ .

له القيمة . وقال أبو حنيفة ومالك : أما ما يكال أو يوزن فعليه مثله من نوعه ، وأما ما عدا ذلك من العروض والحيوان فالقيمة . وقال أصحابنا : المثل فى كل ذلك ولا بد ، فإن عدم المثل فالمضمون له مخير بين أن يمهله حتى يوجد المثل وبين أن يأخذ القيمة . قال أبو محمد : هذا هو الحق الذى لا يجوز خلافه)[1] . ولعل بعض أصحاب ابن حزم الذين ينكرون وجوب المثل هو الذين عناهم السرخسى بعنوان (نفاة القياس) الذين عزا إليهم هذا الرأى .

٤١١ — اختلاف العلماء فى وجوب المثل : تفيد العبارات السابقة لكل من السرخسى وابن حزم اختلاف العلماء فى مبدأ إيجاب المثل واتجاه طائفة من الفقهاء إلى إيجاب القيمة مطلقا إذا تعذر رد العين . ويسم السرخسى هذه الطائفة بأنها من نفاة القياس ، فهل يدل هذا الوصف على أن إيجاب المثل لم يثبت بالنص عليه ، وإنما ثبت بالقياس ؟ الإجابة فيما يلى :

يذهب جمهور العلماء إلى أن الواجب إذا تعذر رد العين هو المثل إذا كانت العين من المثليات . وتعرف المادة ١٤٥ من مجلة الأحكام العدلية المثلى بأنه : (ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به) . وتوضيح هذا التعريف فى المادة ١١١٩ من المجلة نفسها ، حيث جاء فيها : (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة كالآنية المشغولة باليد قيمية . وكذلك كل مثلى خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز كحنطة خلطت بشعير .. أما المذروعات التى تباع كل ذراع بكذا ولا تفاوت بين أفرادها كالجوخ من جنس واحد والأقمشة من مصنوعات المعامل فمثلية . والعدديات المتفاوتة التى يوجد بين أفرادها تفاوت بالقيمة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر قيمية ، وكتب الخط قيمية ، وكتب الطبع مثلية) .

٤١٢ — وشروط تعين الواجب فى رد المثل عند أولئك ثلاثة :

الأول : كون المغصوب من المثليات . ويتضمن هذا الشرط أن تكون العين

---

(١) المحلى : ١٤٠/٨ .

المغصوبة أو التالفة من هذه الأصناف التى تقدم ضابطها ، وهوعدم التفاوت بين أفرادها . ويتضمن هذا الشرط كذلك أن تكون هذه العين بحالة المثلية ، فلو استخدمت السيارة فترة حتى تغيرت صفاتها النمطية لم تعد من المثليات .

الثانى : تعذر رد العين لسبب من الأسباب المشار إليها آنفا .

الثالث : عدم انقطاع المثل وتوافره فى الأسواق بأثمانه المألوفة . ولا يبعد أن يأخذ المثلى حكم القيمى عند الجمهور إذا ندر وجوده وارتفع ثمنه ارتفاعا فاحشا . ومن الانقطاع كذلك أن يوجد فى الأسواق البعيدة التى لا يذهب إليها أهل المحلة التى وقع فيها التعدى .

٤١٣ — والأدلة التى استند إليها القائلون بوجوب رد المثل فى المثليات عديدة . من بينها قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾[١] . وقد ذكر القرطبى استدلال العلماء بهذه الآية على وجوب المثل ، وأنه لا يعدل عنه إلى القيمة إلا إذا تعذر رد المثل[٢] . ومما استدلوا به عموم قوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾[٣] ، وقوله : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾[٤] . ولعل أقرب الأدلة إلى إيجاب المثل من القرآن قوله تعالى : ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾[٥] ، إذ تفيد بمنطوقها إيجاب مثل الحيوان المصيد فى الحرم . ومع ذلك فإن المعتبر فى المذهب الحنفى أن الحيوان ليس من المثليات[٦] .

وأدلتهم من السنة ما جاء عن أنس قال : (أهدت بعض أزواج النبى ﷺ إليه طعاما فى قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال النبى ﷺ : « طعام بطعام وإناء بإناء» ، رواه الترمذى وصححه ، وهو بمعناه

---

(١) البقرة : ١٩٤ .
(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى : ٣٥٧/٢ .
(٣) النحل : ١٢٦ .
(٤) الشورى : ٤٠ .
(٥) المائدة : ٩٨ .
(٦) الهداية : ٧٢/٣ .

لسائر الجماعة إلا مسلما . وعن عائشة أنها قالت : « ما رأيت صانعة طعاما مثل صفية ، أهدت إلى النبى ﷺ إناء من طعام فما ملكت نفسى أن كسرته . فقلت يا رسول الله ما كفارته ؟ قال إناء كإناء وطعام كطعام » . رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائى[1] . وفيه دلالة على ضمان مثل ما هلك .

أما الاستدلال من المعقول على هذا المذهب فيوضحه قول السرخسى : (المثل نوعان : كامل وقاصر ، فالكامل هو المثل صورة ومعنى ، والقاصر هو المثل معنى ، أى فى صفة المالية ، فيكون الواجب عليه هو المثل التام إلا إذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفا عن المثل التام فى كونه واجبا عليه .. ولأن المقصود هو الجبران ، وذلك فى المثل أتم ، لأن فيه مراعاة الجنس والمالية ، وفى القيمة مراعاة المالية فقط ، فكان إيجاب المثل أعدل إلا إذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدى الناس فحينئذ يصار إلى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة)[2] . ويرشد هذا التعبير النظرى المجرد عن المصالح التى أراد القائلون بإيجاب المثل تحقيقها إلى أنهم توخوا تحقيق العدالة التامة الكاملة بين الضرر والتعويض عنه ، وهو ما لا يتحقق على هذا النحو بإيجاب القيمة . وإذا حاولنا التعبير عن هذا المعنى بلغة عملية أقرب إلى حساب التكلفة والموازنة بين ما فات على المتضرر وبين ما يأخذه فإن من الواجب الالتفات إلى ما يتحمله المشترى من نفقة فى النقل والذهاب إلى الأسواق والدلالة وغيرها ، فكان فى إيجاب المثل تحميل هذه التكاليف على المتعدى ، وهو أحق بالحمل عليه ، بخلاف ما لو أوجبنا قيمة التالف على المتعدى وقت إتلافه ، حيث لا ينظر فى تحديد هذه القيمة إلى تكلفة الشراء من دلالة (سمسرة) ونقل وركوب ووقت ، وغير ذلك مما يجب اعتباره عند تقدير قيمة ما فات على المتضرر بإتلاف العين . وكلنا يعرف كم نتكلف فى شراء السلع التى نريدها من أموال وجهد ، فكان إيجاب المثل على المتعدى إلقاء بتلكفة شراء التالف عليه . ويجب تفسير القيمة الواجبة فى غير المثليات بما يشمل عناصر التكلفة جميعها .

---

(١) نيل الأوطار : ٦/٧٠ .
(٢) المبسوط : ١١/٥٠ .

٤١٤ – ولا يسلم النافون لوجوب المثل بدلالة الآيات والأحاديث على القول بالوجوب . ويتيسر استظهار ما التفت إليه هؤلاء بإدراك أن المثلية التى عنتها النصوص الشرعية عام يشمل رد عين مماثلة أو قيمة هذا العين . ولا يخفى هذا المعنى على أحد ، فالقائلون بوجوب عين المثل فى المثليات يعتبرون القيمة مِثْلا فى المعنى ، طبقا للتقسيم الذى ذكره السرخسى ويتردد عند غيره . ومن جهة أخرى فإن دلالة المثل الوارد فى الآيات والأحاديث على القيمة يتأكد بالنظر إلى تعلق هذا الإيجاب بما ليس له مثل ، كما فى الحيوان المصيد ، طبقا لما سلفت الإشارة إليه . وكذلك فإن الروايات المتعددة لحديث أنس تدل على أن الطعام الذى وقع كان طعاما مطبوخا ، فليس من المثليات ، ولذا فهم بعض العلماء أن حكم النبى ﷺ برد طعام بدل الطعام الواقع وإناء بدل الإناء المكسور (من باب المعونة والإصلاح دون بت الحكم بوجوب المثل فيه ، لأنه ليس له مثل معلوم . قال الحافظ : وفى طرق الحديث ما يدل على أن الطعامين كانا مختلفين)[1] . أما العدالة المطلقة أو التامة الكاملة التى سعى القائلون بوجوب المثل إلى تحقيقها ، بالمفهوم السابق ذكره ، فيتيسر إدراكها بتفسير القيمة الواجبة فى إتلاف المثليات وغير المثليات تفسيراً يشمل ثمن العين التالفة وتلكفة شراء بديل عنها ، أو ما تحمله المتضرر فى شرائها . ولا يبعد هذا عن منطق الفقهاء المسلمين بالرجوع إلى أوجه التكاليف التى تدخل عندهم فى حساب قيم المبيعات فى بيوع الأمانة : المرابحة والإشراك والتولية .

٤١٥ – وأرجح وجوب القيمة إذا تعذر رد العين ، بحيث تشمل هذه القيمة تكلفة الشراء أيضا ، إلا إذا اقتضت العدالة إيجاب رد المثل ولم يكن فى إيجاب القيمة ما يحقق هذه العدالة . من ذلك أن غصب أسهم فى شركة ونقل ملكيتها إلى طرف ثالث قد يؤثر على حق مالك الأسهم فى انتخاب مجلس إدارة هذه الشركة وتحديد أسلوب عملها مما قد يضر بمركزه المالى ضررا بالغا ، ولا يستطاع جبر هذا الضرر فى أحيان كثيرة بمجرد إيجاب قيمة الأسهم فيكلف المتعدى لهذا برد مثل هذه الأسهم رفعا للضرر وتحقيقا للعدل .

---

(١) نيل الأوطار : ٧٢/٦ .

أما في الأحوال الأخرى التي يتيسر فيها مقابلة الضرر بالقيمة فلا بأس بإيجابها ، لأن المقصود هو رفع الضرر فيلتفت إلى ما يتحقق به . ومن الناحية العملية فإن الحكم بوجوب رد المثل على مذهب القائلين بوجوبه خاص بالمكيلات والموزونات والمذروعات المحتفظة بأوصافها العامة . أما المنتجات الأخرى كالثياب والسيارات والبضائع الكهربائية فقد تلتحق بالمثليات إلا إذا تغيرت بعض أوصافها النمطية بقدم أو استعمال أو تعديل فتخرج من المثليات وتلتحق بالقيميات . وإذ ينص الفقهاء على جواز أخذ المغصوب منه القيمة بدل المثل إذا رضي به الغاصب[1] فيجوز إلزامهما بالقيمة بحكم القاضي عليهما ، خاصة في أحوال اختلافهما في صفات العين الفائتة بالغصب أو الإتلاف .

وإذا أوجب القاضي المثل وأداه وسعره أرخص مما كان عليه وقت الغصب أو الإتلاف لم يجب عليه شيء في مقابل فارق السعر لأدائه ما وجب عليه . والمرجوح في المذهب المالكي الرجوع إلى القيمة منعا للإضرار بالمغصوب منه[2] .

٤١٦ — رد المثل في القانون العرفي : لا يوجب القانون الانجليزي رد المثل Specific Substitution إلا في أحوال نادرة ، ولا تلجأ المحاكم إلى القضاء به في انجلترا في الظروف المعاصرة طبقا لما يراه Lawaons . وترتد القضايا التي حكمت فيها المحاكم الانجليزية برد المثل إلى ما قبل صدور قانون الإصلاح Reform Bill عام ١٨٣٢ . وقد أعادت المحاكم الأمريكية فيما يجدر الالتفات إليه الحكم برد المثل في هذه الأيام ، وخاصة في تلك الظروف التي لا يرتفع فيها الضرر بدفع القيمة . من ذلك حصول المدعى عليه بأسلوب غير مشروع على أسهم المدعي في شركة من الشركات حسبما تقدم ذكره قبل قليل . وتكاد تكون هذه هي الصورة الوحيدة التي يقضى فيها في الآونة الأخيرة بوجوب رد المثل في المحاكم الأمريكية . وترجع بعض القضايا التي أصدرت فيها المحاكم الانجليزية برد المثل إلى أوائل القرن الثامن عشر ، حيث كانت المحاكم تلزم الأمين على الأرض ،

---

(١) الخرشي : ١٣٣/٦ .
(٢) السابق : ١٣٣/٦ .

إذا تصرف فيها بالبيع لمن لا يعرف حقيقة حيازته ويظنه مخولا فى بيعها ، بأن يشترى أرضا أخرى تماثل تلك التى تصرف فيها فى القيمة . وفى فترة لا حقة صدرت أحكام تلزم الوكلاء برد مثل ما تصرفوا فيه من الأموال المنقولة لموكليهم بدون إذن منهم[1] .

ويتضح من هذا كله الأمران التاليان :

أولهما : الاعتراف بوجوب رد المثل على المستوى النظرى التشريعى أمر لا غنى عنه ، وقد يتعين أسلوبا لرفع الضرر .

والثانى : القضاء به فى المحاكم على المستوى التطبيقى أقل بكثير من القضاء بجبر الضرر باتباع الوسائل الأخرى ، كرد العين أو دفع القيمة .

٤١٧ – وجوب القيمة وتقديرها فى المثلى المنقطع : تجب القيمة عند من أسماهم السرخسى بنفاة القياس إذا تعذر رد العين حسبما تقدم بيانه ، لا فرق بين ما كان من المثليات أو القيميات فى ذلك . أما جمهور الفقهاء فيرون أن القيمة تجب بهذه الشروط :

(أ) أن يتعذر رد العين .

(ب) أن تكون العين الفائتة من القيميات . وتعريف القيمى ، كما جاء فى المادة ١٤٦ من العدلية : (ما لا يوجد له مثل فى السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به فى القيمة) . ومنه الدور والأشجار والحيوانات .

(ج) أن ينقطع المثل إذا كانت من المثليات .

وفيما يلى بيان أقوال العلماء فى حكم انقطاع المثلى :

مذهب الأحناف ، والشافعية ، والحنابلة ، والإمامية أن القيمة هى الواجبة إذا تعذر رد المثل بانقطاعه .

أما المالكية فقد أوجبوا فى انقطاع المثلى أن يصبر المغصوب منه إلى حين

---

(١) Remedies of English Law, F. H. Lawson, P. 209-210 .

وجود المغصوب إن كان له موسم وإبّان ، وإن لم يكن له إبّان أخذ قيمته التى كانت له يوم انقطاعه[1] .

وعلى الرغم من اتفاق الجمهور على وجوب القيمة عند انقطاع المثلى فقد اختلفوا اختلافا كبيرا فى كيفية احتساب هذه القيمة ، فذهب أبو حنيفة إلى تقديرها على أساس السعر السائد فى السوق يوم الخصومة على حين ذهب أبو يوسف إلى تقديرها بالنظر لما كانت عليه يوم الغصب ، واعتبر محمد القيمة وقت الانقطاع . وجه قول محمد أن الغصب أوجب المثل على الغاصب ، والمصير إلى القيمة للتعذر ، والتعذر حصل بسبب الانقطاع ، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه فى ذلك الوقت . وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب ، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه . وجه قول أبى حنيفة عليه الرحمة أن الواجب كان مثل المغصوب ، وبالانقطاع عن أيدى الناس لم يبطل الواجب .. ألا ترى أن للمالك أن يختار الانتظار إلى وقت إدراكه ..؟ وإذا بقى المثل واجبا بعد الانقطاع فإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة)[2] . ويوافق المالكية محمد بن الحسن فى احتساب قيمة المثلى المنقطع حسبما تقدم . أما الشافعية فيقدرون قيمة المغصوب أو التالف بالنظر إلى أقصى قيمة بلغها من وقت الغصب إلى وقت الانقطاع ، لكونه كان مأمورا برد عين المغصوب أو مثله كل لحظة إلى حين تعذر المثل وانقطاعه ، إذ الدوام كالابتداء ، طبقا للقاعدة الفقهية[3] . وهو مذهب بعض المالكية كابن وهب وأشهب وعبد الملك[4] . ومذهب الحنابلة فى المثلى إذا انقطع أن الواجب هو قيمته يوم انقطاعه[5] . وقيل بوجوب القيمة يوم الإتلاف إن تلف بدون غصب أو يوم الغصب إن أتلفه بعد غصبه ، وهو مذهب الإمامية[6] .

---

(١) حاشية الدسوقى : ٤٤٤/٣ ، والخرشى : ١٣٣/٦ .

(٢) البدائع : ١٥١/٧ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٦١/٥ ، ١٦٣ .

(٤) الموافقات للشاطبى : ١٦٠/٣ . (٥) المبدع : ١٨١/٥ . (٦) شرائع الإسلام : ٢٣٩/٣ .

٤١٨ - تقدير القيمة فى القيميات : إذا تعذر رد العين لتلفها أو تغير صفاتها ولم تكن من المثليات فإن الواجب هو القيمة . أما كيفية التقدير فقد اختلف العلماء فى ضبطها اختلافا بعيد المدى . وفيما يلى إجمال آرائهم :

(أ) مذهب الأحناف النظر إلى القيمة يوم الغصب أو التلف إن لم يكن غصب ، لأن الضمان يجب بالغصب إن حدث التلف بعده ، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه . ولا يتغير التقدير بعده بتغير الأسعار ، لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان . وتجب القيمة فى الإتلاف دون غصب بالنظر إلى الوقت الذى حدث فيه السبب الموجب للضمان كذلك[١] . وهو مذهب المالكية والراجح من مذهب الإمامية[٢] . ويقتضى هذا المذهب عدم الضمان بتغير الأسعار .

(ب) الراجح فى المذهب الحنبلى تقدير قيمة المغصوب أو التالف بالرجوع إلى ما كان عليه وقت التلف ، لأنه هو الوقت الذى تعذر فيه رد العين وانتقل فيه الضمان إلى القيمة فتقدر بذلك . جاء فى الإنصاف : (وإن لم يكن مثليا ضمنه بقيمته يوم تلفه فى بلده من نقده . وهذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد . قال الحارثى : وهو الصحيح والمشهور . وقال الزركشى : هذا المشهور والمختار عند الأصحاب)[٣] .

(ج) أما مذهب الشافعية فالنظر فيه إلى وجوب أعلى قيمة للمغصوب من يوم غصبه إلى حين تلفه . وإذا انتقل به الغاصب إلى أماكن متفرقة وجبت أعلى قيمة للمغصوب فى الأماكن التى وجد فيها[٤] . ومعناه أنه لو غصب متاعا قيمته مائة فارتفع سعره فى السوق إلى مائتين ثم انخفض يوم التلف إلى ثمانين لزمته المائتان ، لأنه كان مطالبا بالرد عند ارتفاع سعره ، فثبت فى ذمته بهذه القيمة

---

(١) تبيين الحقائق : ٥/٢٢٣ ، والهداية : ٤/١٢ ، والبحر الرائق : ٨/١٢٥ ، والبدائع : ٧/١٥١ .
(٢) الخرشى : ٦/١٣٦ ، وشرائع الإسلام : ٣/٢٣٩ .
(٣) الإنصاف للمرداوى : ٦/١٩٤ . وانظر المبدع : ٥/١٨٢ ، وكشاف القناع : ٤/١٠٨ .
(٤) المهذب : ١/٣٦٨ ، والمجموع للنووى : ١٤/٢٢٨ ، ونهاية المحتاج : ٤/١١٩ ، ١٢١ ، ومغنى المحتاج : ٢/٢٨٣ .

فلا يبرأ إلا برد العين أو بالوفاء بما ثبت فى الذمة . ويقتضى هذا المذهب ضمان ارتفاع السعر فى أحوال وجوب القيمة ، بخلاف أحوال وجوب رد العين أورد المثل فإنه لا يكلف إلا بالرد دون التفات إلى السعر . ووجة الفرق فيما يظهر بوضوح أن وجوب القيمة له تعلق بالأسعار وارتفاعها أو انخفاضها ، بخلاف الوجوب العينى أو المثلى فإنه متعلق بالأشياء لا بأسعارها . ويتفق هذا المذهب للشافعية مع الرأى المرجوح عند المالكية والحنابلة والإمامية[1] .

٤١٩ – قيمة المنافع : تقدم ذكر الخلاف بين المذاهب فى ضمان المنافع وترجيح ضمانها مطلقا ، سواء كانت منفعة مال أو عمل . وتقدر قيمة المنفعة مستقلة عن قيمة العين ، بحيث لا يجرى التداخل بينهما ، لأن كلا منهما قد وجب بسبب خاص به . وقد نص الحنابلة ، طبقا لما تقدم[2] ، على أن من غصب دابة فشردت أن يرد قيمتها وأجرتها إلى حين رد القيمة . وهو قياس مذهب القائلين بضمان المنافع .

وتحتسب قيمة المنفعة بالرجوع إلى أجر المثل ، كما فى الإجارات الفاسدة التى يبطل فيها الأجر المسمى ، ويجب بدلا عنه أجر المثل . وفى المادة ٤٥٩ من مجلة الأحكام العدلية النص على هذا الضابط فى التقدير ، ولفظها : (لا تلزم الأجرة فى الإجارة الباطلة بالاستعمال ، لكن يلزم أجر المثل إن كان مال الوقف أو اليتيم . والمجنون فى حكم اليتيم) . وأجر المثل فى تعريفه الذى تضمنته المادة ٤١٤ من هذه المجلة هو : (الأجرة التى قدرها أهل الخبرة السالمين من الغرض) . ولا يشترط لضمان المنافع الإفادة منها أو الانتفاع بها ، فتضمن بالتفويت والفوات عند الشافعية والحنابلة حسبما تقدم . وقد تضمنت المادة ٩٧٩ من القانون المدنى المصرى الحكم بهذا المعنى . ولفظها : (يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار) .

---

(١) الموافقات : ٣/١٦٠ ، والإنصاف : ٦/١٩٥ ، وشرائع الإسلام : ٣/٢٣٩ .

(٢) ص ١٢٩ فيما سبق .

ومن حق مالك الشيء التالف أن يطالب المتعدى بقيمته وأجرته من وقت تلفه إلى وقت دفع القيمة ، حيث يتمكن بعدها من شراء بديل لهذا الشيء فينتهى وجوب دفع الأجرة حينئذ .

٤٢٠ – أرش النقصان : ترجح فيما تقدم وجوب إلقاء المسئولية عن النقصان بأنواعه المختلفة على المتسبب فيه ، سواء رجع هذا النقصان إلى تراجع السعر وانخفاض القيم أو إلى فوات الجزء أو الصفة أو إلى فوات معنى مرغوب فيه[1] . وهذا هو التلف الجزئى الذى يجب به أرش النقصان . يقول الكاسانى : (هلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا أن ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات)[2] . وفى مختصر الطحاوى أنه (إذا نقص المغصوب عند الغاصب فى يديه فعلى الغاصب ضمان قيمة نقصانه للمغصوب منه يردها مع المغصوب على المغصوب منه)[3] . وفى المادة ٩١٧ من مجلة الأحكام العدلية أنه (لو أطرأ أحد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة) . وكيفية حساب أرش النقصان أن يقوم الشيء سليما قبل طروء هذا النقصان ثم يقوم بعده ، ويكون الفارق بينهما هو الأرش . ولهذا لو جار على أرض جاره وضم بضعة أمتار فى مبناه فإن الواجب عليه هو دفع قيمة هذه الأمتار أولا ، ثم ينظر فيما نقصه انسلاخ هذه الأمتار من نقصان على أرض الجار بأن تقوم مع هذه الأمتار وبدونها فإن كان الفارق أكبر من قيمة هذه الأمتار اعتبر هذا نقصانا ولزم الجائر قيمة النقصان الذى نشأ بفعله . وكذا لو (غصب ثوبا تنقص قيمته بالقطع فشقه نصفين ، ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ، ورد الباقى وأرش ما نقص . لأنه نقص حدث بسبب تعديه فضمنه .. فإن كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقى درهمين .. تلزمه ثمانية ، وهو المذهب ، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ، ونقص قيمة الآخر بسبب تعديه فلزمه ضمانه)[4] . وهكذا لا

---

(١) ص ١٣٤ وما بعدها فيما سبق .

(٢) بدائع الصنائع : ١٥٥/٧ .

(٣) مختصر الطحاوى : ص ١١٧ .

(٤) المجموع للنووى : ٢٤٢/١٤ .

يتداخل أرش النقصان مع أرش التالف ، كما لا يتداخل أرش التالف مع قيمة المنافع التى يجب اعتبارها فى تقدير الجوابر .

٤٢١ – تقدير القيمة فى القانون الانجليزى وما تشمله : لا يوجب القانون الانجليزى رد الأعيان Specific Recovery من حيث المبدأ لأسباب تاريخية وعملية رغم مجافاة ذلك لقواعد العدالة ، فإن اليد العادية ينبغى ألا تفيد ملكا ، كما أن هذا القانون لا يوجب رد المثل Specific Substitution إلا فى أحوال نادرة طبقا لما تقدم ، وإنما يوجب بدلا من ذلك دفع القيمة . ويترتب على دفع القيمة انتقال الملك إلى الغاصب[1] للأسباب التى استند عليها علماء المذهب الحنفى من قبل . أما بالنسبة للوقت الذى تحتسب قيمة التالف بالرجوع إليه فإن القاعدة العامة فى القانون العرفى أن تحسب القيمة بالنظر إلى ما كانت عليه يوم الغصب[2] . ويصير الأمر بهذا وكأن المدعى عليه قد أجبر المدعى على بيع ملكه بسعره يوم غصبه له . ولا يخفى أن التقدير على هذا النحو سيكون مفيدا للمدعى إذا انخفض السعر فى هذا التاريخ عما كان عليه وقت المحاكمة ، كما أنه سيضر به إذا ارتفع السعر عما كان عليه فى هذا التاريخ ولما بدا التقدير على هذا النحو مجافيا للعدالة اتجهت المحاكم إلى إبداء استعدادها لتقدير القيمة بالنظر إلى وقت المطالبة إذا كان ذلك أفضل للمدعى . لكن محاكم نيويورك قد فضلت مؤخرا متابعة وجهة نظر تنم فى رأى Lawson عن ذكاء وخبرة ، وذلك بإيجاب أقصى قيمة إحلال[3] من وقت تلفه أو غصبه إلى حين معرفة التلف أو الغصب والمطالبة بالرد[4] .

وينشىء العدوان على منافع الأموال من العقارات والمنقولات الحق للمدعى فى التعويض عن فواتها ، ولو أنه لم يكن فى حاجة إلى الانتفاع بها . ويستشعر البعض صعوبة صياغة ضابط لتقدير التعويض عن فوات المنافع . وإنما تقدر المحاكم هذا التعويض بالنظر إلى قيمة أجرة مثل[5] العين التى فاتت منافعها ، أو ما كانت

---

(١) Remedies of English Law F. H. Lawson P. 124 .

(٢) The date of the Conversion .

(٣) The highest replacement value .

(٤) Remedies of English Law, P. 125 .

(٥) The cost of hiring substitute .

تدره هذه العين من ربح فترة تعطيلها إذا كانت من الأشياء المغلة للكسب أو الربح كسيارات الأجرة والجرارات الزراعية . ويوجب الاستيلاء على الأرض الزراعية فترة مناسبة لاستغلال أجرة مثلها فى هذه الفترة. فضلا عن التعويض عن الأضرار الأخرى التى تنسب إلى هذا الفعل ، كانتهاء موسم زراعتها بالمحاصيل المعهودة أو إجهادها ونقصها[1] .

أما فى التلف الجزئى فيلتفت إلى أن المدعى قد يفضل المطالبة بتكلفة الإصلاح أو الاستبدال . لكن الواجب ألا يجبر الضرر الواحد أكثر من مرة . ولذا لجأت المحاكم إلى تقدير التعويض فى التلف الجزئى للأراضى والمبانى بتقدير قيمتها قبل التعدى وبعده لإلقاء قيمة النقصان على المتعدى . وقد رئى أن هذا الأسلوب فى تقدير الواجب أولى من تقديره بالنظر إلى قيمة الإصلاح Cost of Repair أما فى السفن فقد كان الأمر محيرا إلى حد كبير ، حتى غلب الاتجاه إلى إيجاب قيمة الإصلاح ، باعتبار أن ذلك هو الطريق العملى الأمثل لمعرفة النقص فى القيمة . وقد لوحظ ارتفاع قيمة الشىء كالسفينة أو المبنى بعد الإصلاح فرئى أن تفرض قيمة الإصلاح مخصوما منها ما زاده الإصلاح فى قيمتها حتى لا يثرى المتضرر على حساب المتعدى[2] .

ويلاحظ F. H. Lawson أن أكثر هذه الضوابط المتعلقة بتقدير التعويض فى المبانى والعقارات والسفن وما يماثلها من الأموال لم تظهر قبل القرن التاسع عشر[3] . وإذا كانت هذه الملاحظة صحيحة من الوجهة التاريخية فإن هناك احتمالا أن يكون الفقه الإسلامى هو مصدر هذه الضوابط التى عرفها هذا الفقه منذ بداية تطوره . ولا يتيسر استبعاد هذا الاحتمال لسببين :

أولهما : التشابه فى الصياغة ، كما فى ضابط أقصى القيم من حين الغصب

---

(١) السابق : ص ١٢١ .

(٢) السابق : ص ١٢٠ .

(٣) السابق : ص ١٢٠ .

أو التلف إلى وقت الحكم أو الدعوى ، وكما فى تحديد أرش النقصان بالنظر إلى الفرق بين قيمة الشىء معيبا وسليما .

والثانى : ترجمة كتاب على الأقل من كل مذهب من المذاهب الفقهية الخمسة إلى اللغة الانجليزية فى أواخر القرن الثامن عشر وفى القرن التاسع عشر ، حسبما أوضحته فى بحث مستقل[1] ، مما يعكس وجود خطة كان الهدف منها هو التعرف على اتجاهات الفقه الإسلامى ومبادئه وتقديمها لمن يهمهم الأمر .

---

(٢) تأثير الفقه الإسلامى فى القانون الانجليزى للمؤلف ، بحث منشور فى العدد الثالث من مجلة دراسات عربية وإسلامية عام ١٩٨٥ .

المبحث الثالث : الجوابر الخاصة

٤٢٢ – **تقديم** : تتعين جوابر الضرر فى الشريعة بالنظر إلى طبيعة الضرر من جهة وإلى مناسبة الجابر للمقصود منه وهو رفع الضرر ، طبقا للشعور السليم بالعدالة والقواعد الشرعية المتعلقة بالموازنة بين مصالح المدّعى والمدعى عليه . وإذا كان رفع الضرر يعنى اتخاذ الإجراءات المناسبة للعودة بالمتضرر إلى الحال التى كان عليها قبل وقوع الضرر ما أمكن ، وخاصة فى الأضرار المالية ، فإن المتوقع أن يتناسب الجابر الذى يقرره القاضى مع الضرر ، شفاء لنفس المتضرر ورفعا لما عاناه . ومن المنطقى أن تتنوع الجوابر التى يجوز فرضها لتنوع الضرر وأن تشمل هذه الجوابر المالية السابقة ورد الغين أو المثل ، كما تشمل مجرد الاعتذار للمدعى على نحو يزيل ما علق بنفسه ، أو إصلاح ما عيبه ، أو الامتناع عن فعل يلحق الضرر بغيره كإثارة الدخان (كور حداد) أو إثارة الغبار والأتربة من التذرية فى جرين يواجه بيوت الناس ، وكالرغبة فى تعلية البناء بما يمنع الضوء والشمس عن الغير ، وكاتخاذ مجلس يواجه باب دار الغير . ولم يواجه الفقهاء المسلمون هذه الأضرار المتنوعة بجوابر أقل تنوعا ، ولذا وجدناهم يفرضون الجوابر المالية فى الأضرار التى يمكن مقابلتها بالنقود ويتحقق رفعها بذلك . ومنها الديات والأروش والقيم ورد المثل وأرش النقصان وتكلفة الإصلاح وأجرة النقل وما إلى ذلك . أما الأضرار الأخرى التى لا تقابل بالنقود ولا ترفع بفرضها فيجب الالتفات إلى أن الفقهاء المسلمين قد أوجبوا جبرها بتكليف المدعى عليه بإتيان فعل أو بالامتناع عن فعل له تعلق بحدوث الضرر . ويجب أن نقرأ ما يقولونه عن منع المرء من اتخاذ ما يضر بجاره ، أو منع الحداد من اتخاذ دكان فى سوق البزازين أو المنع من بناء ميزاب يطل على الشارع على أنهم كانوا يقدمون بهذا أحد الجوابر الهامة فى رفع الضرر .

٤٢٣ – وتتضح فى هذا الإطار الأهمية التى أولاها الفقه الإسلامى لرد

العين أو رد المثل باعتبارهما وسيلتين كفيلتين برفع الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التعدى. ويشبه الإلزام برد العين ورد المثل فى ضمان التعدى الجبر على تنفيذ العقد وتسليم المعقود عليه فى ضمان العقد من حيث الأمور التالية :

(أ) الاستجابة لرغبة المدعى فى رفع الضرر بالطريقة التى يتوقعها فى الغالب . والمتوقع أن يرضى من طرد من أرضه بردها إليه . وإذا تضرر أحد برفض المدعى عليه تنفيذ العقد فالمعهود أن يرضى إذا أجبر الطرف الآخر على تنفيذ التزامه العقدى .

(ب) اقتضاء إشراف المحكمة أو القاضى على التنفيذ بالوسائل التى تتبعها فى جبر المدين بالحبس أو الغرامة . ولا يخفى أن مجرد صدور أمر المحكمة لا يستلزم التنفيذ ، كما أن من العسير إجبار أى أحد على فعل ما لا يريد . ويجب لهذا ألا تنهى المحكمة النظر فى القضية بمجرد صدور القرار ، وعليها أن تتأكد من التنفيذ عن طريق موظفيها ، وإلا عاقبت المدعى عليه بعقوبة الحبس أو الغرامة أو غيرهما من العقوبات الشرعية ، فَلَىُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته كما جاء فى الحديث .

(ج) لا يمنع التنفيذ الجبرى ولا رد العين حق المدعى فى المطالبة بالتعويض المالى عن الأضرار التى لحقته بفعل المدعى عليه .

٤٢٤ – وأناقش فيما يلى بعض أنواع الجوابر الخاصة من الوجهة الفقهية ، لأهميتها فى توضيح النظرة العامة للجوابر عند الفقهاء وهى :

(أ) الحكم المانع من الفعل ، وهو الذى يلزم المدعى عليه بالكف عن التصرف الضار بالمدعى .

(ب) الحكم الموجب للتصرف على نحو يرفع الضرر عن المدعى .

(ج) الحكم الإرشادى الذى لا يوجب على المدعى عليه أن يسلك سلوكا معينا ، وإنما يكتفى القاضى بتوضيح موقف الخصوم بما يعين على توضيح حقوق كل منهم وواجباته وإنهاء النزاع بينهم .

وتشير المادة ١٧١ من القانون المدنى المصرى إلى أن التعويض النقدى

هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية وإن جاز للقاضى أن يحكم بأداء أمر معين على سبيل التعويض بما من شأنه أن يساعد على رفع الضرر . وهذا هو المعنى الذى نصت عليه الفقرةالثانية من هذه المادة . ولفظها : (يقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع) .

وما تعبر عنه هذه المادة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أداء أمر معين هو التنفيذ العيني الذى يقابل التعويض النقدى . وإذا كان التنفيذ العينى يأتى فى مرتبة لاحقة للتنفيذ النقدى أو التعويض المالى فى القوانين الحديثة ، ومن بينها القانون المدنى المصرى ، فإن الأمر على العكس من ذلك تماما فى الفقه الإسلامى ، حيث يحتل التنفيذ العينى ، أو ما يطلق عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أداء أمر معين لرفع الضرر ، المكانة المتقدمة فى الفقه ، أما التنفيذ النقدى فيحتل المرتبة التالية عند اجتماعهما . ولذا يلزم الفقهاء برد العين ، ويبرأ الحائز لها على خلاف إذن مالكها بردها له دون اشتراط رضاه بهذا الرد أو طلبه ذلك ، لأنه هو الواجب الأصلى بالتعبير الفقهى . ولا يخفى أن هذا هو المنطق والعدل ، طبقا لما اعترف به عدد من القانونيين .

٤٢٥ – ويرجع تقديم القوانين الغربية للتنفيذ النقدى على التنفيذ العينى إلى الجذور التاريخية لهذه القوانين ، فقد كانت المحاكم الرومانية وخاصة فى الفترة الكلاسيكية تفضل تغريم الطرف الممتنع عن تنفيذ العقد مقدارا من النقود حتى تستطيع التنفيذ عليه فى الحال بأخذ هذا المقدار منه ولا تضطر إلى متابعة ما يحدث بعد ذلك . وقد تبعت المحاكم الانجليزية الأسلوب نفسه لانفصالها عن جهات تنفيذ الأحكام التى كان يتولاها من أطلق عليهم Sheriffs . وقد تأخر لذلك الاهتمام بالتنفيذ العينى واعتباره الواجب الأصلى فى أحوال الامتناع عن تنفيذ العقد أو مخالفة الواجب القانونى إلى ما بعد ظهور محاكم العدالة فى القرن التاسع عشر[1] . وهكذا احتل التنفيذ النقدى (التعويض المالى) مرتبة متقدمة فى النظر

---

(١) Remedies in English Law ,Lawson, P. 211 .

القانونى لأنه الأيسر فى التطبيق وليس لأنه الأقرب للعدل . وكان يبرر التمسك بهذا الترتيب فى الماضى ضعف السلطات التنفيذية وضمور التعاون بينها وبين الهيئات القضائية . أما الآن فلا يبرره سوى تقليد ما كان عند الرومان فى الفترة القديمة .

٤٢٦ — المنع عن الفعل فى الفقه الإسلامى : قد يكون إلزام المحكمة المدعى عليه بالامتناع عن الفعل المنشىء للضرر هو السبيل الوحيد لدفع هذا الضرر وإزالته . فمن يريد حفر بئر فى الطريق العام أو يوقف سيارات عملائه لإصلاحها أو يشغل جانبا منه بمعداته يضر بالمارين فى الطريق ضررا بالغا ، لا يرفعه أن ينزل لهم عن قدر من أمواله . وإنما الذى يدفع هذا الضرر أن تلزمه المحكمة بالامتناع عن هذه الأفعال الموجبة للضرر .

وإنما يصدر القاضى حكمه بالتوقف عن الفعل الموجب للضرر إذا كان هذا الفعل متجدد الحدوث ويستمر وجوده زمنا . أما ما يحدث من الأضرار على سبيل الإهمال وعدم القصد فلا يمكن استصدار حكم من القاضى بوقفه وعدم الوقوع فيه كما لا يخفى . ولا يلزم لاستصدار حكم بالمنع عن الفعل أن يقع الضرر بالمدعى ، فالقاعدة أن يدفع الضرر قدر الإمكان .

وقد يختلط طلب الكف بطلب الفعل ، كأن يحول داره إلى مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب أو حمام فيؤمر بوقف العمل فى هذا كله وبإزالة ما بدأه . وتتضح فائدة الأوامر بالكف عن الفعل فى رفع الضرر وتعويل الفقهاء عليها بملاحظة الأحكام الفقهية التالية :

(أ) يمنع المستأجر من الاستفادة بالمأجور عند مضى مدة الإجارة ؛ ففى المادة ٥٩١ من مجلة الأحكام العدلية أنه (يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة) . وفى المادة ١٢١٠ من المجلة نفسها أن (أحد شريكى الحائط ليس له أن يعليه ولا أن يركب عليه .. بدون إذن الآخر ، سواء كان ما يفعله مضرا بالآخر أولا . لكن إذا أراد أحدهما بناء بيت فى عرصته فله أن يضع رؤوس جذوعه . لكن إن وضع عشر أخشاب كان لشريكه أيضا حق أن يضع قدرها .. وإن كان على ذلك الحائط ركوب لهما على التساوى وأراد أحدهما أن يزيد فى أخشابه فللآخر منعه) .

– فى المادة ١٢١٢ من المجلة نفسها أنه (إذا كان لشخص بئر ماء حلو وأراد جاره أن يبنى فى قربه كنيفا أو سياقا مالحا ، وكان ذلك يفسد ماء البئر فإن ضرره يدفع . وإن كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ما فذلك الكنيف، أو السياق يردم . كذلك إذا كان طريق ماء حلو فبنى آخر عنده سياقا مالحا وقذره يضر بالماء الحلو ضررا فاحشا ولم يمكن دفع ضرره إلا بالردم فإنه يردم) .

– فى المادة ١٢١٣ من المجلة أيضا أنه (إذا كان على طرفى الطريق لأحد داران ، فإن أراد إنشاء جسر من واحدة إلى أخرى يمنع . ولا يهدم بعد إنشائه إن لم يكن فيه ضـرر على المارين . لكن لا يكون لأحد حق قرار فى الجسر والبروز على الطريق العام . فإذا انهدم الجسر المبنى على الطريق العام على الوجه المسطور فأراد صاحبه إعادته يمنع) .

– فى المادة ١٢٦٨ من المجلة المذكورة أنه (يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود ، سواء كان حوضا أو بئرا أو نهرا أن يمنع طالبه من الدخول فى ملكه . لكن إذا لم يوجد فى قربه ماء مباح غيره للشرب فيجبر صاحب الملك على إخراج الماء لذلك الطالب أو إعطائه للرخصة بالدخول وأخذ الماء لكن بشرط السلامة . يعنى أن عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض أو البئر أو النهر) .

– وفى المادة ١٣٢٣ من المجلة أنـه (إذا طالب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض ، ينظر إن كان النهر عاما يجبر الآبى على الكرى مع البقية بالاشتراك .. وإن كان النهر خاصا فالمطالبون يكرون ذلك النهر بإذن الحاكم ويمنعون الممتنع من الانتفاع بالنهر حتى يؤدى مقدار ما أصاب حصته من المصرف) .

– وفى التبصرة (إذا أحدث الأندر[1] إلى جانب الجنان فَأَضَرَّ بِهَا منع محدثه من ذلك . وعن مطرف : إذا كان الأندر قديما والكرم محدثا فإنه لا يمنع صاحب الأندر الانتفاع بأندره ، لأن صاحب الكرم أقدم على علم بما يصيبه من الضرر . وفى مختصر الواضحة أنه لو كانت عرصة ليس فيها كرم كان لربها منع صاحب الأندر من وقوع التبن فى أرضه . وفى وثائق الجزيرى أن إحداث الأندر

---

(١) مكان يعده الناس لدياس المحصول وتذريته وهو الجرين .

جوار الدار أو الجنة يؤذى ما تطاير منه عند الذر ويمنع باتفاق . وكذلك ما يضر بالجدارات مثل الأرحبة والكنف)[1] . والمنع إنما هو للضرر أو للتصرف فى ملك الغير .

– وفى التبصرة أن (إحداث الميزاب لماء المطر يصب فى دار الجار فذلك ممنوع ، سواء أضر بجاره أو لم يضر إلا أن يأذن له فى ذلك)[2] ، فاعتبر الحق فى المنع لمجرد التصرف فى ملك الغير .

– وفى التبصرة نقل قول ابن عتاب : (تنازع الشيوخ ببلدنا قديما وحديثا فى الرجل يجعل فى داره أو فى شبه ذلك ماله دوى وصوت يستضر به الجار مثل الحداد وشبهه فقال بعضهم يمنع من ذلك إذا عمل فيه بالليل والنهار . وقال بعضهم لا يمنع منه . وقال ابن سعيد الذى اتفق عليه شيوخنا أن يمنع العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار)[3] . والنزاع فى اعتبار الإزعاج بالصوت إضرارًا أولا .

– لكن لا يمتنع الفعل إذا كان لدفع الضرر عن الملك دون إضرار بالغير ؛ ففى التبصرة أن (من أراد أن يطر داخل داره ، أى يطينه ، ولجاره حائط فيها فمنعه من ذلك لم يكن له ذلك ، لأن له فيه منفعة ولا مضرة على جاره . ومنه الحديث لا ضرر ولا ضرار .. فإن أراد طر حائطه (أى تطيينه) من جهة جاره فإنه ينظر ، فإن كان الحائط يحتاج إلى الطر كان له أن يطره ، وإلا فله منعه . وقيل ليس له ذلك ، لأن الطر يقع فى هواء جاره إلا أن ينحت من طره ما يوقع عوضه من الطر الجديد ، لأنه قد يتكرر الطر بغير حاجة حتى يغلظ الطرّ فينقص غلظه من ضوء صحن دار جاره)[4] .

– وفى التبصرة أيضا أنه (يمنع الرجل من إحداث اصطبل للدواب عند باب جاره ، بسبب بولها وزبلها وحركتها ليلا ونهارا ومنعها الناس من النوم . وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه)[5] .

---

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك : ٣٦٣/٢ .

(٢) السابق : ٣٦٥/٢ .

(٣) السابق : ١٠/٢ .

(٤) السابق : ٣٧٢/٢ .

(٥) السابق : ٣٦٣/٢ .

٤٢٧ – ترشد هذه النصوص إلى المعانى التالية :

(أ) المنع حكم شرعى قضى به القضاة والمفتون والفقهاء عند قيام سببه قصدا إلى دفع الضرر قبل وقوعه أو إلى رفعه بعد وقوعه بمنع الاستمرار فيه .

(ب) السبب المنشىء لحق المنع هو السلوك مسلكا ضارا بالغير أو مجرد الافتيات على حق من حقوقه ؛ فالتذرية فى البيدر المعد لذلك لا يمنع منها إلا إذا أضرت بالجيران ، وكان اتخاذ البيدر أحدث من إقامة الدور إلى جواره ، فى رأى فى المذهب المالكى . أما إذا كانت الدور أحدث فمعناه أن أصحابها رضوا بالضرر الناشىء عن التذرية فلا يطالبون بالمنع منها . ولم يشترط أصحاب الرأى المذكور فى مختصر الواضحة الإضرار بأحد للمنع من التذرية ، واعتبروا تطاير الذر ووقوعه فى أرض الغير أو مروره فى هوائها نوعا من التصرف فى حقوق الغير ، وهو ما لا يجوز إلا بإذنه . ويستلزم التوقف على الإذن جواز وقف هذا الإذن والرجوع فيه . ويتخرج على هذا الرأى الحكم فى كثير من أسباب الإزعاج والضوضاء وتلوث البيئة فى ظروف الحياة المعاصرة .

(ج) لا حق فى المطالبة بالمنع من التصرف إذا لم ينشأ أى من السببين المذكورين . ولذا فإنه (إذا كان لأحد حق المرور فى عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور)[١] . ولا تنفسخ المزارعة بوفاة صاحب الأرض قبل أن يدرك الزرع وينضج ، ويداوم الفلاح على العمل إلى وقت الحصاد) ، ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه . وإذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ، وإن شاء داوم على العمل إلى أن يدرك الزرع . ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه)[٢] . والأمر فى المساقاة كذلك ، فلو (مات صاحب الأشجار والثمرة فجة فيداوم العامل على العمل إلى أن تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه . وإذا مات العامل فوارثه يكون قائما مقامه . فإن شاء داوم على العمل ولا يسوغ لصاحب الأشجار منعه)[٣] .

---

(١) المادة : ١٢٢٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) المادة : ١٤٤٠ من المجلة المذكورة .

(٣) المادة : ١٤٤٨ من المجلة المذكوره .

(د) لا تخفى الفوائد العملية المتعلقة بالحكم بالمنع من التصرف فى مواجهة الأضرار ، حتى لا يصلح فى كثير من الأمثلة السابقة إحلال أى أسلوب آخر فى رفع الضرر محله . وقد اعتبر الشارع هذا الأسلوب فى أحوال كثيرة ، من بينها الحكم بالحجر على الصبى ومنع المفلس من التصرف فى أمواله حتى لا يضر بغرمائه . وقد تخرج على ذلك الحكم بالحجر على الطبيب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس والسفيه[٤] .

ويدل هذا كله على وجوب الالتفات إلى الفوائد العملية لجبر الضرر بالمنع من الفعل المعتبر تعديا فى ذاته أو لما يؤول إليه وهو الضرر .

٤٢٨ – النهى عن الفعل Prohibitory Injunction فى القانون الانجليزى : يتعلق هذا النهى بفعل يتكرر وقوعه ويوجب المسئولية لكونه فعلا ضارا أو منسوبا إلى التعدى . وقد تتوقف المحكمة فى إصدار قرارها بالمنع من الفعل إذا كان الضرر قليلا ، غير أن قلة الضرر لا تدفع المسئولية من الناحية النظرية ، وإنما جاء ذلك من جهة أن مقدار التعويض سيكون قليلا ، ويستطيع المدعى عليه فى معظم الأحيان أن يعاود دفع التعويض كلما حكمت المحكمة بالنهى عن الفعل . ولذا تتجنب المحاكم الحكم بذلك إذا كان الضرر قليلا ويمكن احتماله سدًّا لباب النزاع .

ويتسع تطبيق هذا النوع من المنع عن الأفعال فى القانون الانجليزى فيشمل التعهد بالامتناع عن أفعال معينة فى الاتفاقيات التعاقدية . من ذلك أن يتفق طبيب مع إدارة أحد المستشفيات على العمل فيه دون غيره مدة العقد نظير أجر معين . ولإدارة المستشفى أن ترفع الأمر إلى القضاء لكف الطبيب عن العمل فى مستشفيات أخرى إذا خالف الشرط الذى وافق عليه بكامل حريته . وفى قضية مماثلة منع القاضى المدعى عليها من مخالفة مثل هذا الشرط ، وأصدر حكمه هذا مبينا أنه حقيقة لا يملك الوسائل لإرغامها على العمل وفق الشرط ، لكنه يرى أن لا حق لها فى الشكوى إذا أرغمها على التوقف عن العمل الذى تعهدت

(١) غمز عيون البصائر : ١٢١/١٠ .

هى بتجنبه طيلة فترة العقد[1] . وقد ظل هذا الحكم موضع الانتقاد والهجوم مما صرف الأذهان عن التخريج عليه . واعتقد البعض أن فى إصدار المحاكم لمثل هذه الأحكام تعطيلا لمقصد الحرية الشخصية[2] .

وعلى سبيل المقارنة فإن القاعدة فى الفقه الإسلامى أن المسلمين على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا . ويقوم مفهوم الأجير الخاص على الالتزام بالتوفر على العمل للآجر وحده . ولا يدخل فى نطاق هذا البحث تحقيق هذه المسألة من الوجهة الفقهية .

٤٢٩ — الأمر بأداء أفعال معينة : قال الإمام الجوينى : (الأمر أسهل من النهى) وفى هذا المعنى يقول الإمام أحمد بن حنبل : (ما أمر به النبى ﷺ عندي أسهل مما نهى عنه)[3] . ولهذا القول تفسيرات كثيرة ، لكن يظهر لى أن الأقرب إلى المقصود فى هذا المقام أن السهولة فى الأمر جاءت من جهة أن تنفيذه يقتضى صرف الهمة إلى الفعل المأمور به وأداءه فى وقت واحد ، بخلاف النهى الذى يقتضى متابعة دائمة أو غالبة للتأكد من عدم الوقوع فى الفعل . والفرق أن النهى ينخرم بالفعل ولو مرة واحدة على حين أن الأمر يتحقق أداؤه بالامتثال فى فترة محددة .

ويعنى الأمر بأداء أفعال معينة من جهة كونه جابرا للضرر أن يلزم القاضى المتعدى بالتصرف على نحو معين لرفع ما تسبب فيه من إلحاق الضرر بغيره . وهو يشبه الجبر فى تنفيذ العقد إلا أنه لا يسبق بعقد ، بل بتعدٍّ يلحق الضرر بالغير . ولعل من أوضح صوره أن يحوز أحد عقار غيره بغير حق ويتصرف فيه بوجه من الوجوه كأن يحفر فيه حفرا أو يضع فيه أشياءه أو يثبت فيه أدوات أو مهمات فيؤمر بردم هذه الحفر وتسويتها كما كانت أو يؤمر بإخلائه من الأشياء التى وضعها فيه . وفيما يلى عدد من النصوص الفقهية المتعلقة بهذا الجابر : .

---

(١) انظر قضية Lumley v. Wagner (١٨٥٢) فى ص ١٨١ من Remedies of English Law .

(٢) السابق : ص ١٨٢ .

(٣) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام : ص ١٩١ .

(أ) أخذ من أرض إنسان ترابا ، قالوا إن كان لذلك التراب قيمة فى ذلك الموضع يضمن قيمة التراب ، سواء تمكن به النقصان بالأرض أو لم يتمكن . وإن لم يكن للتراب قيمة فى ذلك الموضع ينظر إن انتقصت به الأرض ضمن النقصان وإلا فلا . ولا يؤمر بالكبس . وقال بعضهم يؤمر بذلك)[1] . وإنما لم يجمع إيجاب أرش النقصان مع قيمة التراب المسبب للنقصان ، حتى لا يزدوج الضمان . والخلاف فى الأمر بكبس الأرض للتردد فى اعتباره من الضرر .

(حفر بئرا فى أرض غيره ضمن النقصان . وقال بعضهم : يؤمر بكبس لا بنقصان . ولو هدم جدار غيره لم يجبر على بنائه ، فيخير المالك إن شاء ضمنه قيمته والنقص للضامن أو أخذ النقض وقيمة النقصان .وقال بعضهم : لو كان قديما لا يؤمر بالإعادة ،ولو جديدا يؤمر)[2] . والتفريق بين الجدار القديم والجديد فى الأمر بالإعادة مبناه العمل على ألا يأخذ المتضرر شيئا فوق حقه .

— (هدم بيته ولم يبن والجيران يتضررون بذلك كان لهم جبره على البناء إذا كان قادرا . والمختار ليس لهم ذلك)[3] .

— (حائط مشترك بين رجلين وَهَى ، ويخاف ضرر بسقوطه ، فأراد أحدهما النقض وامتنع الآخر ، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : يجبر على نقضه)[4] .

— (إذا أحدث رجل بناء فسدّ بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش . ولا يقال الضياء من الباب كاف ، لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب . وإن كان لهذا المحل شباكان فَسُدَّ أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضررا فاحشا)[5] .

---

(١) مجمع الضمانات : ص ١٢٧ .
(٢) السابق : ص ١٢٨ .
(٣) لسان الحكام : ص ٤١٠ .
(٤) السابق .
(٥) المادة : ١٢٠١ من مجلة الأحكام العدلية .

– (رؤية المحل الذى هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضررا فاحشا ، فإذا أحدث رجل فى داره شباكا أو بناء مجددا وجعل له شباكا مطلا على المحل الذى هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر ، ويصير ذلك الرجل مجبورا على دفع الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طبلة . لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية ، كما إذا عمل ساترا من الأغصان التى يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه)[1] .

– إذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أنه يضع سلما وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار)[2] .

– (ترفع الأشياء المضرة للمارين ضررا فاحشا ، ولو قديمة ، كالغرفة والبروز على الطريق العام الدانيين الواطيين)[3] .

– ومن جنسه الأمر بتعمير المسيل والمصرف المشترك والنهر المشترك ، وأمر صاحب السفل بالبناء حتى يقيم صاحب العلو بناءه[4] .

– إذا كانت (خربة لرجل بين دور فيها الزبل ولا يُدْرَى من يلقيه ، فقام جاره .. وأمره بتنقيتها ، فقال له هو من جيرانى ، وأنا أشتكى ذلك ، وثبت الإضرار بالجار فإنه لا يجبر صاحبها على تنقيتها)[5] . ويؤخذ الأقرب فالأقرب من الجيران بوجوب الكنس ، لأن الأغلب أنهم هم الذين يلقون فيها طبقا لما روى عن بعض فقهاء المالكية[6] .

– (لو غصب ساجة ، أى خشبة ، وأدخلها فى بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة . وإن كانت قيمتها (أى الأرض) أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها . ومنها لو غصب أرضا فبنى فيها أو غرس فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها .. وردت وإلا ضمن له قيمتها)[7] .

---

(١) المادة : ١٢٠٢ من المجلة المذكورة .
(٢) المادة : ١٢٠٣ من المجلة العدلية .
(٣) المادة : ١٢١٤ من المجلة العدلية .
(٤) المواد : ١٢٣٠ ، ١٣١٨ ، ١٣١٥ ، ١٣٢٣ ، ٣٢٤ من المجلة العدلية .
(٥) تبصرة الحكام : ٣٧١/٢ .
(٦) السابق .
(٧) غمز عيون البصائر : ١٢٢/١ .

٤٣٠ – وفى هذه النصوص ما يرشد إلى المعانى التالية :

(أ) الإلزام بأداء أفعال معينة من بين الوسائل المعتبرة شرعا لرفع الضرر الواقع بالفعل أو الذى يستمر ويتجدد فى المستقبل .

(ب) لا تلزم المحكمة المدعى عليه بفعل غير واجب عليه . وإنما يجب الفعل إذا قام سببه ، وهو التسبب فى الإضرار بالغير أو عدم أداء ما أوجبه الشارع كالنفقة على الملك الخاص أو المشترك . أما إذا لم يجب الفعل عليه لتعلقه بغيره ، كما فى مثال الخربة ، فإنه لا يؤمر به .

(ج) يستلزم الأمر الإيجابى بأداء فعل معين تحمل بعض النفقات بخلاف المنع عن الفعل الذى يغلب ألا يستلزم مثل هذه النفقات ، فالحكم بطم البئر وردمه غير الحكم بمنع حفره .

(د) لا يؤمر المدعى عليه بفعل يزيد إضراره به عن المصلحة التى تلحق بالمدعى ، كما فى مسألة الساجة ، أو البناء على الأض والغرس فيها ، طبقا للمذهب الحنفى فالقاعدة ألا يزال الضرر بمثله ولا بما هو أكثر منه . وتحتسب النفقات التى يتحملها المدعى عليه فى الموازنة بين الضرر الذى يلحق به وبين الضرر الذى يلحق بالمدعى . ولا ينازع الجمهور فى وجوب دفع أهون الضررين لاستناد هذه المصلحة إلى استقراء لكثير من الأحكام الشرعية ، لكنهم أصروا على تطبيق قاعدة ألا يكافأ المعتدى بعدوانه حسبما اتضح فى مناسبته من هذا البحث .

(هـ) يظهر لى أن على القاضى أن يطبق مذهب الأحناف فى الموازنة بين مصلحة المدعى والمدعى عليه إذا تبين حسن نيته فى الإقدام على فعله ، أما إذا تبين سوء نيته فيجب أن يعامل بنقيض مقصوده ، قياسا على عدم توريث القاتل أو الموصى له ، وهو ما ثبت بحديث النبى ﷺ : « لا ميراث لقاتل »[1] .

---

(١) من الجدير بالذكر أن المحاكم الانجليزية قد التفتت إلى أهمية الحكم بعدم توريث القاتل فى الحفاظ على النظام العام Public policy فى العصر الحديث ، فقد قررت محكمة Chancery عام ١٩٣٤ فى قضية Bedford v. Bedford حرمان الابن توماس من ميراث والدته ومن وصيتها لقتله إياها . وقد جاء هذا الحكم خلافا لظاهرة المادة ٤٦ من قانون ١٩٢٥ The Administralion of Estates Act حسبما يستنبط مما جاء على لسان

٤٣٠ - الأمر بالفعل فى القانون الإنجليزى : يعد هذا النوع من الأوامر Mandatory injunction من جوابر الأضرار فى القانون الإنجليزى . ومعناه إلزام المدعى عليه بفعل إيجابى ، كهدم بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء . وكانت المحاكم تحاذر إصدار الحكم على هذا النحو الإيجابى ، وإنما كات تلجأ إلى التعبير عنه بوجهه السلبى . وطبقا لذلك فإنها إذا أرادت من المدعى عليه أن يهدم مثل هذا البناء فإنها كانت تحكم بمنع المدعى عليه من استمرار بنائه هذا فى الأرض التى يقوم عليه ولم تعمد المحاكم إلى إصدار الأمر بصيغته الإيجابية المباشرة إلا فى هذا العصر ، نظرا لما وقر فى الأذهان من تعذر إلزام المحكمة بفعل إيجابى[1] .

ولا يسوغ للمحكمة إصدار مثل هذا الأمر إلا بالشروط التالية :

(أ) إثبات المدعى تضرره بالفعل أو غلبة احتمال حدوث الضرر فى المستقبل .

(ب) نسبة الضرر الواقع أو المحتمل إلى فعل المدعى عليه أو إهماله .

(ج) قلة النفقات التى يتحملها المدعى عليه فى تنفيذ الفعل الذى تلزمه به المحكمة عن قيمة الأضرار التى يتحملها المدعى لو لم ينفذ المدعى عليه هذا الفعل .

(د) وضوح الفعل الذى يكلف به المدعى عليه ومعلوميته له حتى يمكن تنفيذه .

= الدفاع فى هذه القضية . ولا تخلو هذه القضية من تعقيد ؛ إذ إن الأم كانت أوصت بأموالها الكثيرة لابنها قبل حادث قتلها بفترة طويلة ، وكان الابن أوصى لها ولأبيه الذى توفى قبل هذا الحادث . وجاء فى تحقيق الجناية على الأم أن الابن هو الذى قتلها فيما بين ١٧ ، ٢١ من شهر سبتمبر ١٩٣٣ . وفى هذا التاريخ نفسه انتحر الابن توماس الذى خلف عمته وعمه وأبناء عمة أخرى ماتت عام ١٩١٠ ، كما ترك خالا وخالة . وقد اعتقد العم والعمة وأولاد العمة الأخرى أنهم أحق بالميراث من غيرهم ، وأن المال انتقل إلى توماس أولا لبقائه على قيد الحياة بعد قتل والدته . غير أن الخال والخالة ادعيا استحقاق تركة الأم ، بناء على أن المال لم ينتقل إلى الابن بقتله إياها حتى لا يكافأ المعتدى بعدوانه . (انظر : Law Report, Chancery division) ولا يخفى التشابه بين الفقه الإسلامى والقانون الإنجليزى فى الحكم والاستدلال .

(١) Remedies of English Law, P. 198 .

(٢) السابق : ص ٢٠١ .

ويختلف الأمر بالفعل Mandatory injuntion فى الضمان عن الأمر التنفيذى بإتلاف أطعمة فاسدة أو يغلب على الظن فسادها قبل استخدامها على الرغم من أن المقصود منهما – وهو دفع الضرر – واحد . والفرق أن الأمر بالفعل فى الضمان قضائى على حين أن الأمر بالإتلاف تنفيذى . ولا يجوز الاستئناف فيه ، لعدم فائدته فى الغالب حيث ينتشر الفساد فى الطعام ويزيد . ومن جهة أخرى فإن المصلحة العامة تقتضى سرعة الفصل فى هذه القضايا . ومع ذلك فإن لصاحب الطعام الحق فى عرض وجهة نظره فى دوائر الأمور العاجلة[1] .

٤٣١ – الحكم الإرشادى Declaratory injunction فى القانون الانجليزى : ظهرت الحاجة فى القرن الأخير إلى تفويض المحاكم الانجليزية سلطة النظر فى الخلافات بين الناس حول تفسير عقد من العقود أو علاقة من العلاقات لتوضيح حقوق الأطراف المتخالفة وواجباتهم وإرشاد كل منهم إلى السلوك مسلكا يجنبه المسئولية ويبعده عن الخطأ ؛ وأهم ما يميز هذا النوع من الأحكام أن أطراف النزاع لا يجبرون على الإلتزام بما فيه على الرغم من احتمال إلقاء المسئولية على أحدهم عند مخالفة ما يتضمنه . ولم تعترف المحاكم فى انجلترا بحقها فى نظر هذه الدعاوى وإصدار مثل هذه الأحكام غير الملزمة لأحد إلا منذ مائة عام تقريبا[2] . وإنما صرفها عن هذا النظر وهذا الإصدار من الناحية التاريخية خشية حمل أحكامها على الإلزام لا على النصح والإرشاد ، كما حدث من أحد ملوك انجلترا حينما وضع ضريبة على السفن دون عرضها على البرلمان ، مبررًا ذلك بأن ما وضعه لم يكن قانونا يلزم عرضه على البرلمان ، وإنما كان مجرد نصيحة واستحباب . وقد رفضت المحكمة العظمى Supreme Court الأمريكية الإجابة عن أسئلة أول رئيس أمريكى ، خشية أن تحمل إجابتها على محمل الإلزام والإيجاب . وقد صدر قانون الحكم الإرشادى فى أمريكا عام ١٩٣٤[3] واعتبرته هذه المحكمة موافقا

---

(١) السابق : ص ٢٠٢ .

(٢) السابق : ص ٢٣٢ .

(٣) The Declaratory Judgement Act 1934 .

للدستور . ولم يعد من حق المحاكم أن تمتنع عن الإجابة عما يوجه إليها من أسئلة ، وإن لم يصدر تشريع أو قانون فى انجلترا يلزم المحاكم بإبداء رأيها على هذا النحو . وإنما كانت محاكم العدالة فى انجلترا هى التى استشعرت الحاجة إلى توسيع اختصاصاتها لتشمل النظر فى النزاعات المتعلقة بالتفسيرات المحتملة للنصوص القانونية ، وذلك بعد أن لوحظ أن نسبة من الخصومات منشؤها النزاع فى تفسير هذه النصوص . ولم يجد قضاة هذه المحاكم مبررا للانتظار إلى حين استفحال هذه الخصومات ، ورأوا إمكان رفع أى من الخصوم دعوى توضح الخلاف فى تفسير النصوص ، ولا يطلب مقدمها سوى إبداء رأى المحكمة فى التفسيرات التى تتمسك بها الأطراف المختلفة ، فتدعو المحكمة هؤلاء الأطراف وتسمع منهم ثم تقرر رأيها دون فرض عقوبة أو غرامة على أى منهم .

ومن أشهر أمثلته أن يذهب البائع لعقار أو أرض إلى المحكمة مع مشتريها ، لعرض الوضع القانونى لهذا العقار أو الأرض وطلب موافقة المحكمة على إتمام العقد . ومنه كذلك أن يذهب الراغب فى الإيصاء لشخص من الأشخاص إلى المحكمة للإعلام بالوصية ومعرفة رأى المحكمة فى جواز الوصية أو بطلانها . وفائدة الذهاب إلى المحكمة فى هذه الظروف الاطمئنان إلى صحة المعاملة والإقدام على إنفاذها دون خوف .

وترفض المحاكم حتى الآن الإجابة عما يلقى إليها من أسئلة نظرية أو علمية ، وإنما يشترط فيما يوجه للمحاكم التعلق بالجوانب العملية ، والتردد فى الإجابة بين احتمالين متقابلين لكل منهما طرف يؤيده ، وإلا فلا فائدة من العرض على المحكمة . وفى هذه الحدود يجوز للمحكمة التعرض لنص قانونى لإبداء رأيها فى تفسيره أو مراجعة مشروعيته من حيث موافقته أو مخالفته للدستور . ويكثر الاستناد إلى هذا النوع من الأحكام الإرشادية فى النزاعات التى تنشأ بين الأفراد وبين السلطات والهيئات العامة . والمأمول أن تيسر هذه الأحكام كثيرا من قواعد ضمان العدوان Torts وأحكامه .

٤٣٢ – الأحكام الإرشادية فى الفقه الإسلامى : لم يتيسر لى – فى حدود ما اطلعت عليه من مواد فقهية – الوقوف على مايبين موقف القضاة المسلمين من

هذا النوع من الأحكام ، وما إذا كان بوسعهم أن يبينوا للمتنازعين وجه الحق فى موضوع النزاع دون إجبار لهم على الالتزام بهذا البيان . ولا يتسع المقام لتتبع هذا الأمر بوجوهه المختلفة ، وإنما تظهر لى بعض الملاحظات التى قد تيسر هذا التتبع لمن يهتم به ، وأثبتها فيما يلى :

(أ) حرص الشارع على دفع النزاع قبل وقوعه ورفعه بعد الوقوع فيه . ويستند اعتبار هذه المصلحة فى الشريعة إلى استقراء أحكام جزئية كثيرة . من بينها شرع منصب القضاء ووجوب تنصيب الإمام وإيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . والخلاف بين الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وبين هذه الأحكام الإرشادية أن الأمر والنهى فيهما ملزم بخلافه فى الأحكام الإرشادية . ومع ذلك فإن شرع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يدل على حرص الشارع على توضيح الحقوق والواجبات والتذكير بهما . ويعلل الفقهاء بمصلحة دفع النزاع وحسم أبواب الفتن والخلاف لكثير من الأحكام الاجتهادية .

(ب) وظيفة المحتسب فى جانب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر مجرد بيان الحقوق والواجبات لأطراف العلاقات التعاقدية فى الأسواق وغيرها .

(ج) اعتراف الفقه الإسلامى بأنظمة أخرى لإنهاء النزاع بين المتخاصمين غير ولاية القضاء ، كالصلح والتحكيم . ويوجب الفقهاء على القاضى أن يستحث الخصوم على الصلح وإنهاء النزاع بما هو واجب على المسلم من الحسنى فى المعاملة . وقد أفردت المادة ١٨٢٦ من مجلة الأحكام العدلية هذا المعنى بالذكر . ونصها : (يخطر ويوصى الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة أو مرتين فى المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو المأمول فيها رغبة الطرفين فى الصلح . فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة فى كتاب الصلح وإلا أتم المحاكمة) . وقد يكون هذا الاستحثاث والإيصاء والإخطار بالمصالحة عن طريق بيان الحقوق والواجبات . ولا يجرى القاضى المحاكمة المنتهية بحكم إلزامى إلا بعد استفراغ هذه المحاولة . وهو ما يرشد إلى أن للمحكمة أن تصدر حكما إرشاديا مجمله النصح للطرفين بإنهاء المخاصمة والنزاع .

(د) كانت وظيفة القاضى المسلم العمل على إقرار العدالة فى المجتمع المسلم بوجه عام . وكثيراً ما كان القاضى يقوم بوظائف الإفتاء والإجابة عما يسأل

فيه من المسائل والأحكام . وهذا هو ما تؤيده سيرة عدد من كبرائهم كشريح وأبى يوسف والعز بن عبد السلام .

(هـ) استند إنشاء المحكمة الشرعية الاتحادية فى الباكستان فى ظروف العمل على تطبيق الشريعة بموجب قانون إنشائها الصادر عام ١٩٨٠ إلى الأصول السابقة . وقد نصت المادة ٢٠٣ (د) المعدلة لدستور ١٩٧٣ على اختصاص هذه المحكمة بالنظر فى القوانين القائمة لمراجعتها بناء على مبادرة من أعضائها أو طلب أى مواطن باكستانى أو أية هيئة حكومية بقصد اختبار القانون موضع النظر ومعرفة مطابقته أو مناقضته لأحكام الشريعة وقواعدها . وعلى المحكمة إذا رأت معارضة أية مادة قانونية لأى حكم شرعى أن تبين فى حكمها الأسباب التى تدعوها إلى تبنى هذا الرأى ومدى ما ينطوى عليه من معارضة ، والوقت المقترح لإبطال هذا الحكم القانونى . ويصير الحكم نافذ المفعول إذا انقضت فترة الإمهال التى يجوز قيام ممثل الحكومة أثناءها باستئناف هذا الحكم أمام المحكمة العظمى Supreme Court . أما إذا انقضت الفترة ولم يستأنف الحكم أو صدر حكم المحكمة العظمى بتأييد حكم المحكمة الشرعية فعلى الرئيس فى القوانين الاتحادية والمحافظ فى القوانين الإقليمية اتخاذ الإجراءات اللازمة لتعديل القانون المخالف لنصوص الشريعة وأحكامها .

ووظيفة المحكمة الشرعية بهذا هى إبداء الرأى فى القوانين المشكوك فى معارضتها لأحكام الشريعة الإسلامية لاتخاذ ما يلزم من إجراءات لتغيير ما تثبت مخالفته للأحكام الشرعية من بينها .

٤٣٣ – والحاصل أنه ليس هناك ما يمنع المحاكم الإسلامية فى تاريخها الطويل أو فى العصر الحاضر من إبداء الرأى فيما يعرض لها من أسئلة . وقد قامت المحكمة الشرعية الاتحادية لمراجعة القوانين القائمة والحكم على ما يعد مخالفا لنصوص الشريعة بالبطلان لتعديله .

الفصل الثالث : بعض التطبيقات العملية للضمان

٤٣٤ – تقديم : أنتقل بعد استعراض جوانب نظرية الضمان بأركانها والأفعال التى توجبه وما يجب به إلى تناول بعض الجوانب التطبيقية التى أشار إليها الفقهاء فى ثنايا تعرضهم لأحكام المسئولية والتى تعنى بها المؤلفات القانونية المتعلقة بالضمان . ويجرى تناول هذه الجوانب فى المباحث التالية :

المبحث الأول : المسئولية عن فعل الغير Vicarious Liability . ويضم هذا المبحث مسئولية الولى عمن هم فى ولايته ومسئولية المتبوع عن أفعال تابعه كالخادم والوكيل ومن إليهما ممن يعملون تحت إمرة المتبوع وتوجيهه .

أما المبحث الثانى : فيتعلق ببحث مسئولية الطبيب .

وأتناول فى المبحث الثالث : المسئولية عن الحيوانات .

ويتعلق المبحث الرابع والأخير : بالمسئولية عن الأشياء كالمبانى والحوائط والآلات .

المبحث الأول : المسئولية عن فعل الغير

٤٣٥ – مفهوم هذه المسئولية : جاء فى المادة ١٣٧ من القانون المدنى المصرى ما يأتى :

١ – كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصوره ؟ أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ – ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف على الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ – ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .

وتنص المادة ٢٢٤ من القانون المدنى العراقى على هذا المعنى ، على حين أتت المادة ١٧٤ من القانون المدنى السورى (١٩٤٩) موافقة للمادة المذكورة من القانون المدنى المصرى فى اللفظ والمعنى . أما القانون المدنى الأردنى فقد جاء مادته ٢٨٨ بعبارة تفصح عن محاولة واضعيه الاقتراب من المفاهيم والمصطلحات الفقهية الإسلامية . ولفظ هذه المادة :

١ – لا يسأل أحد عن فعل غيره . ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به .. من أوقع الضرر :

(أ) من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة

بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

(ب) من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا فى اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

« ٢ – ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به » .

٤٣٦ – وإنما ترشد هذه النصوص إلى المعانى التالية :

أولا : الأصل هو شخصية المسئولية حتى لا يسأل أحد عن فعل غيره . والقاعدة أن المرء مؤاخذ بأفعاله هو لا بأفعال غيره .

ثانيا : يتحمل المرء على سبيل الاستثناء من هذا الأصل ضمان ما يفعله غيره إذا انتسب فعل هذا الغير إليه وأضيف لتوجيهه أو كان هو المتسبب فيه . وتنقسم هذه المسئولية تبعا لذلك إلى قسمين :

(أ) مسئولية الولى عمن فى ولايته .

(ب) مسئولية المتبوع عن فعل تابعه .

ثالثا : يثبت حق الرجوع للمسئول عن عمل الغير فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ، طبقا لما جاء فى المادة ١٧٥ من القانون المدنى المصرى .

رابعا : المسئولية عن فعل الغير فى واقع الأمر ليست إلا ضمانا لإيصال التعويض إلى المصاب ، فكثيرا ما يكون المتعدى القاصر معدما لا مال عنده فيطالب وليه بتحمل الضمان وإيصال مقداره إلى مستحقه ، على أن يكون له الحق فى الرجوع على من تحت رعايته إذا شاء .

والحاصل أن المسئولية عن فعل الغير تفيد ضم ذمة الولى أو المتبوع فى تحمل ما على القاصر أو التابع فى المطالبة والأداء ، لكن لا يستقر الضمان على الولى أو المتبوع ، ويرجعان بما أدياه على المتسبب فى تغريمهما .

٤٣٧ – حكم هذه المسئولية فى النظر الفقهى الحديث : اختلف الباحثون

المحدثون في حكم هذه المسألة ، فذهبالمرحوم على الخفيف إلى أن الشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ مساءلة المرء عن فعل غيره ، بل (جاء في القرآن ما يعارضه ويبطله ، مثل قوله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ، ومثل قوله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾ . وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه غيره ولو كان المحدث له غير مميز)[١] . ومع ذلك فإنه يشير إلى جواز مطالبة الأولياء بأداء الضمان مما تحت أيديهم من أموال الذين تحت ولايتهم ، لما لهم من الولاية عليهم ، ولأنه لا يمكن مطالبة الصغار والمجانين بأداء ما عليهم من واجبات . لكن لو نسب التعدى إلى الولى فإنه هو الذى يطالب بالضمان ويستقر عليه . وعند الفقهاء ما يؤيد ذلك؛ ففى جامع الفصولين أنه (لو رمى صبى سهما فأصاب عين امرأة غرم الصبى لا أبوه . ولو لا مال له فنظرة إلى ميسرة)[٢] . بل بالغ البعض فى فرض الضمان على الصبى إذا تعلق به أدنى سبب لوجوبه . رغم وضوح خطأ وليه أو وصيه؛ ففى المبسوط أنه إن كان الحائط المائل لصبى فتقدم أحد إلى ولى الصبى أو وصيه فلم ينقضه حتى سقط فأصاب شيئا فإن الضمان على الصبى لأن الأب والوصى يعملان له ويقومان مقامه فلهذا كان الضمان عليه دونهما[٣] . وقد نص الأصوليون على أن الضمان من خطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف[٤] .

٤٣٨ — ولا يختلف الأمر فى المذاهب الأخرى عن ذلك ، ففى تبصرة الحكام أن ما كسره الصبى ، وهو ابن سنة فصاعدا ، مضمون عليه فى ماله ، (فإن ابن سنة ينزجر . وكذا المجنون يكسر ما فى السوق أو يفسده يتبع به فى ماله مثل جراحته . وكذا النائم ما أصابه فى نومه ففى ماله إذا كان دون الثلث . ويستثنى من ذلك إذا نامت على ولدها فأصبح ميتا فليس عليها غير الكفارة . وهذا هو

---

(١) الضمان فى الفقه الإسلامى : ص ٢٣٨ .
(٢) جامع الفصولين : ١١٣/٢ ، ومجمع الضمانات : ص ١٧٠ .
(٣) المبسوط للسرخسى : ١٠/٢٧ .
(٤) التوضيح : ١٦٧/٢ ، وانظر أيضا غمز عيون البصائر : ١٤٦/٢ .

ما رجحه الدردير وابن عرفة بالنسبة للصبى؛ ففى الشرح الكبير : (وضمن الصبى ولو غير مميز .. ما أتلفه فى ماله إن كان له مال ، وإلا اتبع بالقيمة فى ذمته . هذا هو الصواب)[٢] . أما المجنون ففى ضمان ما أتلفه ثلاثة أقوال فى المذهب المالكى : (الأول أن المال فى ماله والدية على العاقلة . وقيل المال هدر . وقيل كلاهما هدر)[٣] . ومذهب الشافعية والحنابلة أن الضمان من خطاب الوضع فلا تشترط أهلية التكليف لوجوبه .

٤٣٩ – الرأى الآخر : يذهب الدكتور سيد أمين إلى أن الشريعة الإسلامية تعترف بالمسئولية عن الغير فى الأمرين التاليين :

(أ) مسئولية الراعى عمن هم تحت رعايته . ومستنده فى هذا قوله ﷺ : « كلكم راع ومسئول عن رعيته ، الإمام راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع فى أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية فى بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، والخادم راع فى مال سيده ومسئول عن رعيته » .

(ب) مسئولية المتبوع عن تابعه . ويبدو لى أن الدكتور سيد أمين يثبت هذه المسئولية استنادا إلى مسئولية الآمر والمكره فى الفقه الإسلامى[٤] .

وإنما يتضح الفرق بين المسئولية عن فعل الغير فى كل من هذين الأمرين بالنظر إلى سبب المسئولية ومستندها ، فالسبب فى الأمر الأول هو الرعاية التى أوجبها الشارع ورتب عليها قيام المسئولية فيما يرشد إليه نص الحديث السابق الذكر على حين أن السبب فى الأمر الثانى هو إضافة الفعل إلى المتسبب فيه بغرور أو نيابة أو إكراه .

٤٤٠ – ويلزم لدراسة حكم المسئولية عن الغير فى الفقه الإسلامى والترجيح بين هذين الرأيين النظر فيما توجبه الرعاية والتبعية التى تثبت فعل

---

(١) حاشية الدسوقى : ٢٩٦/٣ .

(٢) السابق .

(٣) المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه الإسلامى المقارن للدكتور سيد أمين : ص ١٢٧ إلى ١٧٣ .

التابع إلى المتبوع من وجهة هذا الفقه، مع التقديم لذلك بهذه الملاحظات العامة التالية .

٤٤٠ – ملاحظات عامة :

الملاحظة الأولى : الأصل فى الفقه الإسلامى أن الإنسان مسئول عن نتائج أفعاله، وقد أحكمت النصوص الشرعية بيان هذا الأصل . ولا يعد إثبات مسئولية المرء عن فعل غيره استثناء من هذا الأصل حسبما يتضح فيما بعد، وإنما تثبت هذه المسئولية من جهة إضافة فعل هذا الغير إلى المتسبب فيه بإهمال فى رعاية أو لقيام معنى التبعية . فلو اتفق أب مع مدرب سباحة على أن يعلم ولده السباحة، وغرق الولد فإن المدرب يضمنه (إن غفل عن حفظه أو لم يشد ما يسبحه عليه شدًّا جيدًا أو جعله فى ماء كثير جار أو واقف لا يحمله أو عميق معروف بالغرق)[1] . وفى الإكراه والأمر إنما يضمن الآمر والمكره لإضافة الفعل إلى المتسبب فيه . ويضاف الفعل فى الوكالة والرسالة إلى الموكل والمرسل كما لا يخفى . ويرشد هذا إلى أن إثبات المسئولية عن فعل الغير إنما هو بمخالفة الواجب أو لإضافة الفعل إلى المتسبب فيه، وهو المتبوع .

الملاحظة الثانية : تتجه الفلسفات القانونية الحديثة إلى التوسع فى هذا النوع من المسئولية، فجعلت أصحاب الأعمال مسئولين مسئولية تكاد تكون مطلقة عما يقوم به عمالهم أو يتسببون فيه من أضرار للغير أو لأنفسهم . ويجر هذا الاتجاه إلى انتقادات كثيرة، ففى رأى عدد من الباحثين أن شيوع نظام التأمين فى التعويض عن الأخطاء تجاه الغير وإلقاء المسئولية على المتبوع فى مجالات متزايدة قد أفضى إلى تقويض مبدأ محاسبة المرء عن أفعاله، وأصبح تهرب مرتكبى الأفعال الضارة، وخاصة العمال والسائقين، من المسئولية، أمرا سائغا من الوجهة القانونية . وهو مايؤدى بدوره إلى شيوع روح اللامبالاة وعدم التحوط . ومن جهة أخرى فإن التوسع فى مساءلة المتبوع عن فعل تابعه كفيل بنقض ركن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية فى الضمان . فإن صاحب العمل إن لم يخطىء

---

(١) المبدع شرح المقنع : ٣٤٣/٨ .

لم يجز من الوجهة الأدبية أو الخلفية أن يتحمل نتائج أفعال عماله . وقد اتجهت فرنسا منذ فترة إلى إخراج معظم إصابات العمل من مجال المسئولية المدنية ، وتيسر التعويض عنها من مصادر التأمينات الاجتماعية . وهذا هو الحال نفسه فى ألمانيا . أما فى بريطانيا فتدخل إصابات العمل ضمن أنظمة التأمينات الاجتماعية ونظام المسئولية المدنية . وينادى الكثيرون بضرورة تجنب هذا الازدواج لما ينطوى عليه من مساوىء وتعقيدات فى التقاضى وتعدد الجزاء عن الإصابة الواحدة . ومع ذلك فليس من المحتمل حدوث التغيير فى هذا الصدد قريبا[١] .

الملاحظة الثالثة : التوسع فى إلقاء مسئولية الفعل على غير فاعله من سمات القوانين البدائية[٢] . ولم تتخلص القوانين الغربية من هذه السمة إلا فى بدايات العصر الحديث وبفضل الجهود التى قادها كل من سيزارى بيكاريا وفولتير فى فرنسا . ولا يصعب تقدير أسباب قبول العرب قبل الإسلام لمبدأ المسئولية الجماعية Collective Liability واعتبار القبيلة مسئولة عما يتسبب فيه أحد أفرادها من أضرار فى ظروف التنظيم القبلى للجماعة . ولعل شيوع هذا المفهوم الجماعى للمسئولية هو المسوغ للتأكيدات القرآنية المتتابعة على إرساء مبدأ المسئولية الفردية ، فكل نفس بما كسبت رهينة ، ولا يجزى والد عن ولده ولا مولود هو جاز عن والده شيئا ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، ولا تكسب كل نفس إلا عليها ، طبقا لما أرسته الآيات القرآنية . ويجب لهذا تقييد مسئولية المرء عن فعل غيره باشتراط الخطأ أو مخالفة الواجب .

الملاحظة الرابعة: تعترف القوانين الحديثة بالمسئولية عن فعل الغير فى مجالين أساسيين : أولهما مسئولية المخدوم عن خادمه إذا أضر بالغير فى سياق أدائه لما كلف به من عمل . ويلتحق به مسئولية صاحب العمل عن أجيره الخاص ، ومسئولية الموكل والمرسل عن وكيله ورسوله . والثانى : مسئولية الأب عن فعل ولده ، وكذا الأستاذ عن تلميذه وصبى مهنته :

---

(١) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 3, 4 .

(٢) Salmond on Jurisprudence, 12th ed., P. 400 .

ويلزم النظر إلى الحكم الفقهى لهذه المسائل قبل استخلاص نظرية فقهية عامة للمسئولية عن فعل الغير .

٤٤١ – مسئولية المخدوم عن خادمه :

(أ) روى حاطب بن أبى بلتعة أن غلمة لأبيه سرقوا ناقة لرجل من مزينة ، فأتى عمر ، فأقروا . فأرسل إليه عبد الرحمن بن حاطب فأخبره ، ثم قال لعامله اذهب فاقطع أيديهم . فلما ولى بهم ردهم عمر . ثم قال لعبد الرحمن : أما والله لولا أنى أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم ، يجتى إن أحدهم لو أكل ما حرم عليه حل له ، لقطعت أيديهم . وأيم الله إذ لـم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك . ثم قال يا مزنى ، بكم أريدت منك ناقتك ، قال بأربعمائة . فالتفت لعبد الرحمن ، وقال اذهب فأعطه ثمانمائة[٢] .

(ب) جاء فى مجمع الضمانات أن تلميذ القصار (لو حمل شيئا فى بيت القصارة بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق : إن كان من ثياب القصارة لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ . وإن لم يكن من ثياب القصارة ضمن الأجير)[٣] . ومن جنسه فى (أجير القصار إذا وطئ ثوبا من ثياب القصارة لا يوطأ مثله فانتقص أو تخرق ضمن الأجير لأنه لم يؤذن له فى ذلك . وكذلك لو كان الثوب مما يوطأ مثله ، إلا أنه كان وديعة عند القصار ليس من ثياب القصارة . وإن كان من ثياب القصارة وذلك ثوب يوطأ مثله لا يضمن الأجير لأنه مأذون فى ذلك عادة إن كان من ثياب القصارة ويضمن القصار . وكذا لو انفلتت المدقة من أجير القصار أو تلميذه فوقعت على ثوب من ثياب القصارة فلا ضمان على التلميذ وإنما الضمان على الأستاذ . وإن لم يكن من ثياب القصارة كان الضمان على التلميذ . ولو دفع المدقة على موضعها ثم وقعت بعد ذلك على شيء آخر فالضمان على الأستاذ لا على التلميذ . ولو أصابت المدقة إنسانا كان الضمان على التلميذ . ولو انكسر شيء من عمل التلميذ من أدوات القصارة مما

(٣) مجمع الضمانات : ص ٤٣

يدق به أو يدق عليه لا يضمن التلميذ . وإن كان مما لا يدق به أو لا يدق عليه ضمن التلميذ)[1] .

(جـ) جاء فى مجمع الضمانات أن الثيابى تابع للحمامى إذا كان يعطيه أجره على عمله عنده ، فيصبح كتلميذ القصار لا يضمن ما ضاع من الثياب عنده وإنما يضمن الحمامى . أما إذا لم يكن الثيابى يأخذ أجرا من الحمامى فإنه يعد مودعا ويضمن هو لا الحمامى ضمان المودع . قال قاضيخان : (إن كان الثيابى أجير الحمامى يأخذ منه كل يوم أجرا معلوما لهذا العمل لا يكون ضامنا عند الكل (أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد) بمنزلة تلميذ القصار والمودع)[2] .

(د) (لو استأجره ليبنى له فى فناء دكانه فقتل به إنسان بعد فراغه فالضمان على الآمر استحسانا)[3] .

٤٤٢ - وفى هذه النصوص ما يرشد إلى الأحكام التالية : .

أولا : سبب مسئولية المخدوم عن خادمه أو الآجر عن أجيره هو الخطأ أو الإنابة والتسبب فى الفعل بإيجابه على الخادم والأجير . ومن قبيل قيام المسئولية على السيد لخطئه ما حكم به عمر فى قضية الغلمان الذين سرقوا الناقة ، حيث قضى بتضعيف الغرم على سيدهم ، مفترضا خطأه وتقصيره وتجويعه إياهم . أما الأمثلة الأخرى فسبب المسئولية عن فعل الأجير فيها هو النيابة عن الآجر والعمل بإذنه فيرجع فعل الأجير إليه ويضاف إلى إذنه .

ثانيا : لا يضمن الأجير إذا لم يتجاوز فى فعله حدود المأذونية ، وتنتقل المسئولية عن فعله إلى آجره . أما لو عمل الأجير بدون إذن الآجر أو فى غير المأذون له فيه فإن الضمان يستقر عليه . ولذا لو حمل شيئا فوقع منه على ثياب القصارة لم يضمن لأنه مأذون له بالعمل فيها ، أما إذا وقع منه على ثياب أخرى غير ثياب القصارة فإنه يضمنها لعدم الإذن له بالتصرف فيها . وكذا لو وطىء ثوبا لا يوطأ مثله فإنه هو الذى يضمنه .

---

(١) السابق : ص ٤٣ .

(٢) السابق : ص ٩٢ .

(٣) السابق : ص ١٧٨ .

ثالثا : تقوم علاقة التبعية بين الخادم والمخدوم والآجر والأجير إذا ثبت تلقى الخادم والأجير أجرهما عما يقومان به من عمل . أما إذا لم يتلقيا أجرا فلا تقوم علاقة التبعية وتثبت مسئولية كل امرئ عن فعله .

رابعا : الإذن لا يثبت مسئولية الآذن إذا لم يكن له حق الإذن ؛ فالقاعدة أن من لا يجوز له التصرف بنفسه لا يملك أن ينيب غيره فيه . ولهذا لو (أمر أجيرا أن يحفر له في الطريق بئرا وأعلمه بأنه طريق العامة ضمن الأجير . وإن لم يعلم ضمن الآمر)[1] لأنه هو الذى غر الأجير بأمره ، فيضمن الآمر ضمان غرور . ومن هذا القبيل أن يأمر أجيره بإلقاء التراب أو الطين فى الطريق أو وضع الحجر والخشبة فيه[2] .

٤٤٣ – مسئولية الآمر عن المأمور : الأمر فى الاصطلاح الفقهى هو طلب فعل الشيء على وجه الجزم دون إكراه . ولا يعد الآمر بمجرد الأمر مسئولا عن فعل المأمور لتحققه باختياره ، إلا إذا اقترن بالامر إكراه أو حمل على الفعل أو غرور فحينئذ يرجع فعل المأمور إلى الآمر . والقاعدة الفقهية المطلقة أن (الآمر لا يضمن بالأمر)[3].. ومفاد هذا الإطلاق أن بالأمر بذاته لا يوجب الضمان ما لم يعتضد بمعنى يسوغ نسبة فعل المأمور إلى الآمر .

ولعل اقتران الأمر بالإكراه من أقوى هذه المعانى التى تثبت الضمان على الآمر . ولذا نصت المادة ٨٩ من المجلة العدلية على تقييد القاعدة المطلقة السابقة بغير حالة الإكراه . ولفظ هذه المادة : (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبرا) . ومعناها أنه إذا أتلف أحد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الآمر ما لم يكن مجبرا وقادرا على إيقاع تهديده بالفعل . ويتقيد إطلاق هذه القاعدة طبقا لما سبق[4] بأى من الأمور التالية :

---

(١) مجمع الضمانات : ص ١٧٨ .
(٢) السابق .
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٣ .
(٤) ص : ٢٥٢ وما بعدها من هذا البحث .

(أ) إذا كان المأمور صبيا أو مجنونا وكان الآمر بالغا عاقلا فإن الضمان يجب على الآمر ، لأن أمر الكبير العاقل للصغير نوع حمل على الفعل فيضاف إلى الآمر ويعد الصغير آلة أو وسيلة بإلى تحقيق الغاية ، فترجع المسئولية عن الفعل إلى الآمر ، وفى مجمع الضمانات أن (الحر البالغ إذا أمر عبدا صغيرا أو كبيرا مأذونا فى التجارة أو محجوزا عليه ليقتل رجلا خطأ فقتل يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء . وكذا فى كل موضع لا يكون موجبا للقصاص . ثم يرجع مولى العبد بأقل من قيمته ومن دية المقتول على الآمر فى ماله . ولهذا لو تلف فى حال استعماله يضمن)[1] . لكن إذا كان الآمر صبيا والمأمور صبيا كذلك فإن أحدهما لا يرجع على الآخر ، لا نتفاء الحمل أو الغرور فى حق الآمر منهما ، فلا يرجع المأمور بشيء .

(جـ) إذا كان الآمر أبا . وصورته أن يأمر الأب ابنه البالغ بإيقاد النار فى أرضه ، فإذا تعدت النار إلى أرض الجار فأتلفت شيئا ضمن الأب لصخة أمره فينتقل الفعل إليه . ومع ذلك فإن الأب لو أمر ابنه بالتعدى على أحد أو قتله أو إتلاف مال لم تجب الطاعة ولم يصح الأمر فلا يجب الضمان على الأب . وفى كل موضع لم يصح الأمر لا يجب الضمان على الآمر طبقا للقاعدة[2] .

(د) إذا كان الآمر سلطانا أو حاكما تجب طاعته أو يعتقد المأمور وجوب طاعته فإن ضمان ما يترتب على فعل المأمور يستقر على الآمر بلا خلاف بين العلماء لأن أمره فى حكم الإكراه . ويحصر بعض فقهاء المذهب الحنفى ضمان الآمر فيما إذا كان سلطانا ؛ ففى مجمع الضمانات : (ضمن الآمر لو سلطانا ، لا غيره ، إذ أمر السلطان إكراه ، إذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقبه إن لم يمتثل أمره ، بخلاف غير السلطان فيضمن السلطان لا مأموره .. وعن السير الكبير أن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل أمره .. ومن الناس من جعل مجرد أمره إكراها ، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل)[3] .

---

(١) مجمع الضمانات : ص ١٥٦ .
(٢) السابق : ص ١٥٨ .
(٣) السابق : ص ١٥٨ .

(هـ) إذا كان المأمور أجيرا وأمره الآجر بالتصرف فى مال الغير ، وهو لا يعلم كون هذا المال غير مملوك للآجر ، فإن الضمان يجب على الآمر لغروره واعتقاد الأجير وجوب طاعة الآجر بمقتضى عقد الإجارة . ولذا يضمن صاحب الحانوت عند أبى يوسف لو أمر أجيرا له ليرسل له الماء فى طريق المسلمين ، بخلاف ما لو أمره بالوضوء فى الطريق فتوضأ وعطب به إنسان فإن الضمان على الأجير ، (لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضىء ومنفعة الإرسال تكون للآمر)[1]. ومفاده اشتراط تعلق الفعل الموجب للضمان بوظيفة الأجير وعمله الواجب عليه بمقتضى عقد الإجارة لانتقال الضمان إلى الآجر . أما إذا تعلق الفعل بمصالح المأمور وخرج عن حدود وظيفته ، كما لو أمره الآجر بالوضوء ، فإنه لا يضمن شيئا ، لأن الأجير لا تجب عليه الطاعة حينئذ . وفى مجمع الضمانات : (لو أمر أجيرا أو سقا برش الماء فى فناء دكانه فعطب به إنسان ضمن الآمر لا الراش)[2] .

(و) إذا انطوى الأمر على غرور أو عدم تثبت ، فلو أمر شخص آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع على الآمر)[3] . ومن جنسه ما لو (جاء بدابة إلى النهر ليغسلها ، فقال لرجل أدخلها النهر فأدخلها فغرقت وكان الآمر سائس الدابة لرجل آخر ولم يعلم المأمور بذلك ، فلو كان الماء بحال لا يدخل الناس دوابهم فيه ضمّن ربها أيهما شاء ، فلو ضمن المأمور رجع على السائس)[4] .

(ز) أن يقترن الأمر بما يفيد الالتزام بإيجاب الضمان على الآمر . من ذلك أن يقول أحد لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وأنا أضمن لك مالك إن ضاع فيه . وكذلك لو قال لآخر ألق متاعك من السفينة ، تخفيفا لحمولتها ، وعلىّ ضمانه ، فألقاه ضمن الآمر ، لأنه طَلَبُ إتلاف للمال بعوض لغرض صحيح فلزمه . ومن جنسه أن يقول له إن ألقيت متاعى من السفينة تخفيفا لحمولتها فعليك ضمانه فألقاه ضمنه . وكذا لو قال ألقه وعلىّ وعلى أهل السفينة ضمانه

(١) السابق : ص ١٥٩ .

(٢ ، ٣ ، ٤) مجمع الضمانات : ص ١٥٩ .

لزم الآمر حصته . وفى هذه الأمثلة ما يوضح وجه قيام الضمان باشتراطه والرضا به والاتفاق عليه . وقد نص عدد من الفقهاء على أن الضيمان ينشأ بالتعدى أو لمكان الشرط .

والحاصل من هذا كله أن الأمر بمجرده لا يوجب الضمان إلا إذا اقترن بالأمر سبب من الأسباب الموجبة له من التعديات أو الاشتراطات . ولا تنحصر هذه الأسباب فى الأمور الستة التى ذكرها ابن عابدين فى حاشيته ، وهى أن يكون الآمر سلطانا أو مولى أو أبا أو بالغا والمأمور صبيا أو آجرا والمأمور أجيرا له أو إذا أمره بالتصرف فى ملك الغير ولا يعلم المأمور حقيقة المالك . ونص عبارته : (الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا فى ستة : إذا كان الآمر سلطانا أو أبا أو سيدا والمأمور صبيا ، أو عبدا أمره بإتلاف مال غير سيده . وإذا أمره بحفر باب فى حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر)[1] . وإنما العبرة باقتران الأمر بموجب من موجبات الضمان .

٤٤٤ – مسئولية الدولة عن عمالها : ترجع المسئولية عن أعمال موظفى الدولة إلى بيت المال فى الأحوال التى سبق بيانها ، تيسيرا على المشتغلين بالمصالح العامة للمسلمين وحتى لا ينصرف الصالحون للوظائف العامة عن توليها . وقد تحملت الدولة الإسلامية المسئولية عن الأضرار لأسباب عديدة من بينها تعذر تعيين المعتدى وإلقاء الضمان عليه . يروى أبو يوسف أن (رجلا أتى الخليفة عمر ابن عبد العزيز ، وقال له : يا أمير المؤمنين زرعت زرعا فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم)[2] . ولا يخفى أن الهدف من تحمل الدولة هذه المسئولية هو توزيع الضرر بدلا من تركه يستقر على عاتق المتضرر وحده .

وكان عمر بن الخطاب لا يرى وجوب تحمل الدولة المسئولية عن أخطاء موظفيها وعمالها بناء على أنهم مسئولون عن أعمالهم وأن أحدا لم يتسبب

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٢٠٨/٥ وما بعدها .
(٢) الخراج لأبى يوسف : ص ٦٨ .

فى إقدامهم على التعديات والأخطاء ، وكان يقول : (إنى لم آمرهم بالتعدى ، فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لى)[1] . ورأى أبى بكر وعمر بن عبد العزيز أوفق للأصول من جهة أن التعدى غير مقصود للعمال فى معظم الأحوال ، وأنهم يقعون فيه أثناء عملهم لمصلحة الجماعة لا لمصلحة أنفسهم فناسبه رجوع الضمان إلى الجماعة ، وهو ما تدل عليه أصول عديدة .

وإنما تضمن الدولة أخطاء موظفيها إذا وقعت هذه الأخطاء فى سياق أدائهم لأعمالهم الواجبة عليهم بحكم وظيفتهم . أما لو أضر بالغير وهو يؤدى عملا لنفسه فإنه هو الذى يضمنه كما لا يخفى .

٤٤٥ – المسئولية عن عمل الوكيل والرسول : يرجع عمل الرسول والوكيل ما لم يتجاوز إلى الأصيل ، لأنهما سفيران ومعبران عنه طالما التزما بأمره . وتعود حقوق العقد وأحكامه فى الرسالة إلى المرسل لا إلى الرسول حسبما نصت عليه المادة ١٤٦٢ من مجلة الأحكام العدلية . والأمر كذلك فى نوع الوكالة التى يشترط فيها إضافة الوكيل العقد إلى موكله ، كالهبة والزواج والإعارة والوديعة والرهن والإقراض والشركة والمضاربة . أما فى العقود الأخرى التى لا تشترط فيها هذه الإضافة كالبيع والإجارة والشراء فإن أحكام العقد ترجع إلى الموكل . أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل إن لم يضف العقد إلى الموكل طبقا لما سبق توضيحه . وفيما يلى عدد من المسائل التى توضح مسئولية الموكل والمرسل .

(أ)(بعث المديون المال على يد رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول المديون هلك عليه)[2] . وفيه يضمن الدائن ما هلك بيد رسوله ، كما يضمن المدين ما هلك بيد رسوله هو الآخر ، لأن قبض الرسول يعود لمرسله .

(ب) (رجل بعث رسولا إلى بزاز أن ابعث إلى بثوب كذا بثمن كذا وكذا ، فبعث إليه البزاز مع رسوله أو مع غيره فضاع الثوب قبل أن يصل الرسول إلى الآمر وتصادقوا على ذلك وأقروا به فلا ضمان على الرسول فى شىء .

---

(١) المسئولية التقصيرية عن فعل الغير للدكتور سيد أمين ص ١٦٣ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٢٤٤ .

وإن بعث البزاز مع رسول الآمر فالضمان على الآمر ، لأن رسوله قبض الثوب مع المساومة ، وإن كان مع رسول رب الثوب فلا ضمان عليه حتى يصل إليه ، فإذا وصل الثوب إلى الآمر يكون ضامنا ، كما لو أرسل رسولا إلى رجل ، وقال ابعث إلىّ عشرة دراهم قرضا فقال نعم وبعث إليه مع رسول الآمر فالآمر ضامن لها إذا أقر بأن رسوله قد قبضها . وإن بعث بها مع غيره فلا ضمان على الآمر حتى يصل إليه . وكذلك رجل له على رجل دين فبعث للمديون رسولا أن ابعث إلىّ الدين الذى عليك فإن بعث له مع رسول الآمر فهو من مال الآمر)[1] .

(ج) أما لو وكلوا رجلا بأن يشترى لهم بضاعة بثمن معين فاشتراها لهم بماله أو بدين عليه فأعطاه كل واحد منهم حصته التى عليه من الثمن ، (فضاعت حصة أحدهم قبل أن يدفع إلى البائع ، قال نصير بن يحيى : يضمن الوكيل ولا يرجع به على أحد قال الفقيه أبو الليث : إنما قال ذلك لأنه لما قبض منهم الثمن بعد الشراء صار مستوفيا لما وجب له عليهم بعقد الشراء فيكون المستوفى مضمونا عليه)[2] .

وفيه دلالة على أن المرسل والموكل مسئولان عن عمل الوكيل والرسول إذا تقيدا فى عملهما بأمر الأولين وإذنهما وإلا كانا ضامنين فى أموالهما .

٤٤٦ – المسئولية عن فعل الصبى والمجنون : من المسلم به فى الفقه الإسلامى أن الضمان من خطاب الوضع ، فلا يشترط لوجوبه العقل والتمييز . ولذا يضمن الصبى والمجنون والمعتوه فى أموالهم ما يتسببون فيه من ضرر لغيرهم . وإذا لم يكن لهم مال وجب الضمان عليهم فى ذمتهم فينتظر المضرور ميسرتهم ، كما هو الحال فى الواجبات المالية عموما . ويتضح هذا الإجمال بتفصيله على النحو التالى :

(أ) تتحمل العاقلة الواجب فى جنايات الصبى والمجنون والمعتوه كما تتحمل الواجب فى جنايات البالغ العاقل سواء بسواء إلا أن عمد الصبى

---

(١) السابق .

(٢) السابق : ص ٢٤٩ .

والمجنون كخطئهما فى تحميله على العاقلة عند الجمهور خلافا للشافعى[1] .

(ب) يرجع وجوب ضمان أفعال الصبى إليه لتوافر أهلية الوجوب فى حقه ، حيث لا يشترط فيها العقل والبلوغ . غير أن الولى هو الذى يخاطب بالأداء ، لأن الصبى ليس أهلا لهذا الأداء الذى يشترط فيه العقل والبلوغ طبقا لما هو معروف فى الدرس الأصولى . وطبقا لهذا فإن إلقاء المسئولية على الصبى يستتبعه خطاب الولى أو الوصى بالأداء .

(جـ) على الولى أن يؤدى من مال الصبى إن كان له مال . أما إذا لم يكن للصبى مال فعلى الدائن أن ينتظر إلى حين ميسرة فى الاتجاه الغالب فى الفقه الإسلامى . وقد روى ابن تيمية اتجاها آخر فى الفقه مفاده تضمين الولى أو الوصى ما يضمنه الصبى بتعديه إن لم يكن له مال . وعبارته فى هذا المعنى : (إذا وجب على الصبى شيء ولم يكن له مال حمله عنه أبوه فى إحدى الروايتين . وفى قول الأكثرين أنه فى ذمته)[2] . وقد يوضح مستند هذا الاتجاه ما يقوله بعضهم من أن (العادة فى الآباء والأمهات تحمل الديون عن أبنائهم الصغار لوفور الشفقة)[3] ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فيتحملها الأولياء لا لأنهم أخطأوا حقيقة أو افتراضا ، بل لأنه هو المتبع عرفا فيلتزمون به تبرعا منهم وإحسانا .

(د) لا تلزم القوانين الحديثة الآباء أو الأمهات بالمسئولية عن الأبناء إلا بافتراض حدوث الخطأ من هؤلاء الآباء أو الأمهات ، ولذا يستطيعون دفع هذه المسئولية إذا أثبتوا أن الضرر كان سيقع ولو قاموا بواجبهم فى الرعاية ، ولم يقصروا فى ملاحظة الأبناء بأى وجه من الوجوه . ففى المادة ٣/١٧٣ من القانون المدنى المصرى أنه (يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية) . والاتفاق بين الفقه والقانون على أنه إذا أخطأ الولى أو الوصى أو التزم بالضمان أن العهدة تلزمه ، فلو وكل أحد (صبيا ببيع وشراء جاز لو عقله والعهدة على آمره لا عليه)[4] . أما إذا لم يثبت خطأ الوصى

---

(١) المبسوط : ٨٦/٢٦ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية : ١٥٧/٣٤ ، ١٥٩ ، ٥٥٣/٢٠ .

(٣) جامع الفصولين : ١١٣/٢ .

(٤) مجمع الضمانات: ص ٤٢٣ .

فإن الضمان على الصبى فى رأى الجمهور خلافا لهذا الرواية التى أوردها ابن تيمية ، والتى يستند فيها إلقاء ضمان الأضرار التى تنشأ بأفعال الصبيان على الأوصياء والأولياء إلى وفور الشفقة وجريان العرف بتعهدهم بمثل هذه الضمانات فيلتزمونها . أما مستند إلقاء الضمان على الأولياء فى القانون المصرى فيرجع إلى افتراض خطأ الولى ولذا يجوز دفع الضمان عن الولى بإثبات عدم تقصيره . وأعتقد أن الأخذ بالوجهة التى ذكرها ابن تيمية أولى ، فيجب ضمان ما يتلفه الصغير من أموال الغير على وليه إن لم يكن للصغير مال ، باعتبار أن هذا الواجب على الصغير من دين إنما يخاطب الولى بأدائه وأنه يلتحق بالنفقة الواجبة على هذا الولى .

٤٤٧ – تعقيب : والحاصل من هذا كله أن الفقه الإسلامى يعترف بالمسئولية عن عمل الغير فى المجالات التالية :

أولها : أن يرجع عمل هذا الغير إلى الضامن لنيابته عنه كما فى الأجير والموظف والمأمور والمكره والمغرور .

والثانى : الالتزام بالضمان كأن يقول شخص لآخر ألق هذا الشىء فى الماء وأنا أضمنه لك ، أو ادفع هذا الدين عنى وأنا أرده لك .

والثالث : المسئولية عن هذا الغير تبرعا وإحسانا بالتزام شرعى بالضمان ، طبقا للرواية التى ذكرها ابن تيمية .

ولا يتناقض هذا مع القاعدة القاضية بمسئولية كل امرىء عن فعله فإن تطبيقها مقيد بما إذا لم يوجد سبب يسوغ المسئولية عن الغير من نيابة أو التزام بالضمان . ولا حجة لهذا فى قول المرحوم سيد عبد الله على حسين أن الأب والأم من الوجهة الفقهية (ليسا مسئولين عن الأضرار المدنية التى تنشأ عن أعمال الصغير إلا فى حالة واحدة) وهو أن الصغير كان تحت تأثير والديه فيما فعل ، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر أحد والديه ولم يمنعه وهو قادر على ذلك . أما أن الأب والأم مسئولان مدنيا عن ولدهما فى حالة عدم ملاحظته أو إهماله فلا يقول به التشريع الإسلامى ، لأن الصغير كامل المسئولية فى أموال

الناس عن طريق خطاب الوضع كما سبق بيانه)[1] . وجهه أن مسئولية الأب والأم عما يفعله الصغير لا تنحصر فى هذه الحالة من وجهة الفقه الإسلامى ، فهما مسئولان عن أداء ما وجب عليه من جهة ، كما أنهما مسئولان عرفا أو شرعا عن الوفاء بما وجب عليه من ديون فيضمنان عنه طبقا لهذه الرواية التى ذكرها ابن تيمية إن لم يكن له مال . وهو المعقول كذلك حفظا لمصلحة أصحاب الأموال . ولا يبعد أن يكون هذا هو مفهوم الحديث السابق الذى يوجب مسئولية كل راع عن رعيته .

---

(١) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والمدنية والتشريع الإسلامى : ٢٧١/٢ .

المبحث الثانى : مسئولية الطبيب

٤٤٨ – أساس هذه المسئولية : اتخذت التشريعات القديمة موقفا متشددا فى طابعه العام من مسئولية الطبيب ، فأى خروج منه على التعاليم الطبية إذا أفضى إلى وفاة مريضه كان يعرضه للعقوبة بقطع الرأس أو الأطراف ، وذلك فى التشريعات المصرية واليونانية والبابلية . يدل على هذا الموقف المتشدد ما جاء فى المادة ٢١٨ من تشريع حمورابى التى نصت على أنه (إذا عالج الطبيب جرحا بليغا أصيب به رجل بمبضع معدنى وسبب موته ، أو إذا شق ورما بمبضع معدنى وعطل يمين الرجل تقطع يداه)[1] وكذلك تضمنت موسوعة جوستنيان النص على أنه (إذا نجم عن دواء أعطى لأجل إنقاذ الحياة أو للشفاء من مرض أن توفى الذى أعطى إليه هذا الدواء فينفى المعطى فى جزيرة إذا كان من طبقة راقية ويعدم إذا كان من طبقة وضيعة)[2] . ولم يكن الوضع فى أوربا فى القرن الثالث عشر أفضل من ذلك ، فقد كانت محاكم الصليبيين فى القرنين الثانى عشر والثالث عشر تقضى على الطبيب بالمسئولية عما يقع من ضرر لمرضاه . وكان يعاقب بقطع يده على الجروح اليسيرة التى تقع لمرضاه نتيجة إهماله ، أما إذا مات المريض فكانت عقوبته هى الشنق[3] . وإنما كان أساس مسئولية الطبيب هو الضرر لا الخطأ ، فأصبح يحاسب بالنظر إلى ما يحدث للمريض لا بالنظر إلى ما يفعله الطبيب ، واتسمت لهذا معاملته بالقسوة والغلظة فانصرف الناس عن هذه المهنة الخطرة .

أما فى الشريعة الإسلامية فقد قامت مسئولية الطبيب على الأساس العام للضمان ، وهو التعدى أو الخطأ ، لا على أساس الضرر . توضيحه أن الفقهاء قد

---

(١) شريعة حمورابى ترجمة د. عبد الرحمن الكيلانى .

(٢) موسوعة جوستنيان ، الكتاب الأول الفصل الثامن عشر ، نقلا عن المسئولية المدنية للطبيب لعبد السلام التونجى : ص ٤٠ .

(٣) السابق : ص ٤٤ وما بعدها .

نظروا إلى الطبيب على أنه قد التزم تجاه المريض بعمل فيلزم أن يؤديه على وجهه بحكم الاتفاق أو العقد . فإذا قام بواجبه ولم يتجاوز أو يقصر لم يكن مسئولا عما يحدث لمريضه مما لا يمكنه التحرز عنه ، لأن القاعدة أن (ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه) . ولا يختلف الأمر إذا تعهد بشفاء مريضه ، لأن التزامه بالتعبير القانونى التزام ببذل عناية ، هو العلاج والمجىء للمريض وتعهده ، لا بتحقيق غاية أو شفاء المريض ، لأنه ليس فى مقدوره فلا يصلح مثل هذا الالتزام أن يكون محلا للتعاقد . يدل على وضوح هذا المفهوم لدى الفقهاء ما حكم به الحلوانى فى قضية صبية سقطت من السطح (فانتفخ رأسها ، فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت ، وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل مليًّا ثم قال : لا يضمن . إن كان الشق بإذن . وكان معتادا . ولم يكن فاحشا خارج الرسم . فقيل له : إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها . فقال : ذلك لا يوقف عليه ، فاعتبر نفس الإذن قيل له : فلوكان قال هذا الجراح : إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن هل يضمن ؟ قال : لا)[1] .

ويدل ما قاله الحلوانى على أن التزام الطبيب بالشفاء لا يغير من طبيعة التزامه ، وأن سبب ضمان الطبيب هو التعدى الذى يقاس بفوات أى من الشروط التى ذكرها هذا الفقيه الحنفى ، وهى :

١ – أن يكون التدخل الجراحى للطبيب بإذن المريض أو وليه .

٢ – أن يوافق تدخله المعتاد بين الأطباء والمألوف فى عملهم .

٣ – موافقة رسوم مهنة الطب وأصولها الفنية . ويتجاوز عن الخروج اليسير الذى لا يرقى إلى مرتبة الإهمال أو التعدى . أما الخروج الفاحش أو الجسيم على أصول المهنة ورسومها فيعد من التعدى الموجب للضمان .

والحاصل أن أساس ضمان الطبيب فى الشريعة هو التعدى لا الضرر الذى قد يحدث للمريض .

---

(١) مجمع الضمانات : ص ٤٨ ، وحاشية الطحطحاوى : ٢٧٦/٤ .

٤٤٩ — نوع خطأ الطبيب : ساد الاتجاه فى التفكير القانونى إلى إلحاق خطأ الطبيب بالمسئولية التقصيرية ، وخاصة فى تلك الأحوال التى لا يكون خطؤه ذا صلة مباشرة بتلك العلاقات التعاقدية التى بين الطبيب والمريض ، كما لو أخطأ خطأ كتابيا فى مقادير جرعات الدواء مما تسبب عنه وفاة المريض ، وكما لو عالجه دون إذنه أو إذن ولى أمره إن كان المريض قاصرا . وهذا هو الاتجاه المعمول به فى مصر والراجح فقها وقضاء منذ أن أصدرت المحكمة العليا عام ١٩٣٦ م حكما أكدت فيه (أن مسئولية الطبيب هى مسئولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسئولية التعاقدية) . وقد تبنت سوريا هذا الاتجاه كذلك . وساد اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية فى فرنسا إلى ما بعد انقضاء الثلث الأول من القرن الحالى . غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمها عام ١٩٣٦ م باعتبار مسئولية الطبيب مسئولية عقدية ، بناء على أن مصدرها هو الاتفاق بين الطبيب والمريض أو نائبه . وفائدة اعتبارها من قبيل المسئولية العقدية إعفاء المدعي من مسئولية إثبات خطأ الطبيب وافتراض خطئه افتراضا قابلا لإثبات العكس ، بأن يثبت الطبيب أنه قام بالوفاء بواجبه العقدى وفق الأصول الفنية للمهنة[1] ولعل الدافع إلى اعتبار خطأ الطبيب خطأ عقديا هو الرغبة فى تيسير حصول المتضرر على حقه فى التعويض عن طريق افتراض خطأ الطبيب وعدم تكليف المدعى بإثبات هذا الخطأ الذى لا يستطيعه فى معظم الأحوال لتعقد الخبرة الطبية وعجز المريض فى معظم الأحوال عن فهم عمل الطبيب وإدراك الأصول الفنية التى يقوم عليها العلاج . ولا يجب على المدعى بمقتضى هذا التعديل للمسئولية إلا إثبات قيام عقد بينه بين الطبيب الذى لم ينفذ التزامه ، وأن الضرر قد نشأ نتيجه عدم الوفاء بهذا الالتزام .

٤٥٠ — ولا حرج من الوجهة الفقهية فى نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه وافتراض خطئه لمكان التهمة وتعذر تكليف المدعى به ، قياسا على الحكم فى تضمين الصناع ، حيث أخذ فقهاء الصحابة طبقا لما سبق بيانه بافتراض خطأ

---

(١) المسئولية المدنية للأستاذ حسين عامر : ص ٩٨ ، والوسيط للسنهورى : ٨٢١/١ : ومسئولية الطبيب للأستاذ عبد السلام التونجى : ص ٩١ .

الصناع فى دعواهم تلف ما يأخذونه من أموال الناس ، ولم يوجبوا على المدعين إثبات خطأ هؤلاء الصناع لعجزهم عن ذلك ، فإن الأموال فى أيدى هؤلاء الصناع ، ولا يدرى أصحابها كيف تصرفوا فيها ولا أين حفظوها . وإذ رأى الصحابة نقل عبء الإثبات مع أن البينة على المدعى وأجازوا للمدعى عليه دفع التهمة عن نفسه بإثبات حدوث التلف بأمر لا يمكن التحرز عنه ، وذلك لمصلحة حفظ أموال الناس ، فإنه يجوز اتباع الحكم بنقل عبء الإثبات فى خطأ الطبيب من باب أولى ، لتعلقه بمصلحة أوجب فى الاعتبار الشرعى ، وهى حفظ دماء الناس وحياتهم .

ويغلب فى الذهن أن يكون خطأ الطبيب فى التصور الفقهى خطأ عقديا ، إذ يجب على المتضرر إثبات عقد بينه وبين الطبيب ، وأن هذا الطبيب خالف ما تقتضيه العلاقة التعاقدية القائمة بينهما . يدل على هذا المعنى ما جاء فى مجمع الضمانات فيما (لو استأجر حجاما ليقلع له سنا فقلع ، فقال صاحب السن : ما أمرت بقلع هذا كان القول قوله ويضمن)[1] . وقضية هذه المسألة وجود العلاقة التعاقدية بين المريض والحجام ، بدلالة التعبير بالاستئجار ، وادعاء المريض مخالفة الحجام مقتضى هذه العلاقة . وكان الأصل أن يكلف مدعى المخالفة ، التى تثبت دينا فى ذمة المدعى عليه ، بعبء إثباتها . لكن ذهب الفقهاء ، كما هو الحكم فى هذه المسألة ، إلى أن القول قول المدعى ، لا يكلف بإثباته بناء على أن الإذن مستفاد من جهته فيصدق فيه . ويعبر هذا التعليل عن رغبة الفقهاء فى تغليب الحفاظ على مصلحة المرضى ، فإنهم لا يعرفون عند التعاقد الأصول الفنية التى ينبغى على الطبيب اتباعها لعلاجهم .

٤٥١ – غير أن بعض الفقهاء فيما يظهر لى قد اعتبروا خطأ الطبيب من قبيل الخطأ التقصيرى . يدل على هذا الاتجاه إطلاق القاعدة الفقهية القاضية بأن (ضمان الآدمى بالجناية لا بالعقد)[2] . وقد استند الفقهاء فى تحديد ضمان

---

(١) مجمع الضمانات : ٤٨ .

(٢) مجمع الضمانات : ٢٨ ، ٣٧ .

الأجير المشترك بما هو مضمون بالعقود من الأموال . ولذا لا يضمن الملاح كما جاء في الهداية من غرق في السفينة أو من يسقط من الدابة ،إلا أن يتسبب فيه ، وعلى المدعى إثبات خطأ الأجير المشترك إذا تعلق الضرر بالنفس أو بما دونها . لكنه لا يكلف إثبات هذا الخطأ في ضمان الأجير المشترك للأموال .[1] ومفاد هذه القاعدة أن الطبيب لا يضمن ما يحدث للنفس الإنسانية وما دونها إلا إذا أثبت المتضرر خطأه . ويرشد هذا إلى اعتبار بعض الفقهاء خطأ الطبيب خطأ تقصيريا لا خطأ عقديا ، وأنه يضمن ضمان العدوان لا ضمان العقد . ولا يبقى لهذا الخلاف فائدة إذا اتفق على جواز نقل عبء إثبات خطأ الطبيب من المدعى .

٤٥٢ – أنواع الخطأ :

(أ) يعد مجرد تصدى الطبيب الجاهل لهذه المهنة خطأ يوجب ضمان أى ضرر يحدث للمريض . وقد نصت السنة على هذا المعنى ، فقد روى أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ : (من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن)[2] . ويشترط البعض لضمان الجاهل بالطب ألا يعلم المريض جهل هذا الطبيب وأن يستر على المريض جهله . وفى هذا يقول ابن القيم : المتطبب الجاهل (إذا باشرت يده من يطبه فتلف به ، فهذا إن علم المجنى عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له فى طبه لم يضمن . ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غَرَّ العليل وأوهمه أنه طبيب ، وليس كذلك . وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له فى طبه لأجل معرفته ضمن الطبيب ما جنت يده . وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه . والحديث ظاهر فيه أو صريح)[3] . وتبدو مسئولية الطبيب الجاهل مسئولية مطلقة Stricter Liability بحيث لا يلزم إثبات خطئه ، ويكفى تصديه للعلاج بجراحة

---

(١) السابق : ص ٢٨ .
(٢) أبو داود : باب فيمن تطبب بغير علم ، والنسائى فى القسامة : باب صفة شبه العمد ، وابن ماجة فى الطب ، باب من تطبب ولم يعلم منه طب .
(٣) زاد المعاد فى هدى خير العباد : ١٤٠/٤ .

أو وصف دواء ، سواء علم المريض جهله أو لم يعلم على رأى وباشتراط اغترار العليل به وعدم معرفته بحال هذا الطبيب على رأى آخر . والأولى فيما يظهر لى ألا يشترط اغترار العليل إعمالا لإطلاق الحديث ، ولأن ظاهر الحال يدل على هذا الاغترار فإن أحدا لا يرضى بإضرار نفسه . فإقدامه على الإذن للطبيب بالجراحة أو بوصف الدواء دليل على ثقته فى خبرته ، فإذا انعدمت هذه الخبرة دل هذا على الاغترار[1] .

(ب) أما الطبيب الحاذق الذى أعطى الصنعة حقها بتعبير ابن القيم فإنما يضمن فى الأحوال التالية :

أولا : إذا لم يأذن له المريض أو وليه فى تدخله الجراحى ، كأن يقطع غدة (من رجل أو صبى أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه ، أو ختن صبيا بغير إذن وليه فتلف ، فقال أصحابنا يضمن ، لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه . وإن أذن له البالغ أو ولى الصبى والمجنون لم يضمن)[2] . وقد ثار جدل فقهى حول أثر الإذن فى إسقاط الضمان أو إيجابه ، بناء على أن الضمان بالتعدى ، فرأى البعض أنه لا أثر للإذن فى إسقاط الضمان إن كان الطبيب متعديا ، كما أنه لا أثر له فى إيجابه إن لم يكن متعديا . ويرد الذين اشترطوا الإذن هذا الرأى ، بناء على أنه لا حق له فى القطع بدون إذن من له حق الإذن فكان متعديا (عند عدم الإذن غير متعد عند الإذن)[3] .

ثانيا : إذا أخطأت يده فى الجراحة وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته ، كأن تسبق يده إلى جزء صحيح من العضو فيستأصله ، أو إلى شريان أو عصب غير مقصود له ، (فهذا يضمن لأنها جناية خطأ . ثم إن كانت الثلث فما زاد فهو على عاقلته . فإن لم تكن عاقلة فهل تكون الدية فى ماله أو فى بيت المال ؟ على

---

(١) فى قضية Brown V. R. حكم القضاء الإنجليزى بالضمان على صيدلى تظاهر بأنه طبيب . وأعطى السيد براون دواء تسبب فى وفاته . وقد دافع عن نفسه بأنه اضطر إلى هذا التظاهر لعدم وجود طبيب بالمستشفى : ومع ذلك حكم عليه بالتعويض .

(٢) زاد المعاد لابن القيم : ١٤١/٤ .

(٣) السابق .

قولين .. فإن لم يكن بيت مال أو تعذر تحميله ، فهل تسقط الدية أو تجب فى مال الجانى ؟ فيه وجهان . أشهرهما سقوطها)[1] .

ثالثا : إذا اجتهد الطبيب الحاذق (فوصف للمريض دواء فأخطأ فى اجتهاده فقتله ، فهذا يخرج على روايتين : إحداهما : أن دية المريض فى بيت المال . والثانية : أنها على عاقلة الطبيب . وقد نص عليهما الإمام أحمد فى خطأ الإمام والحاكم)[2] .

٤٥٣ - لكن إذا لم يخطئ الطبيب ولم يقصر فإنه لا يضمن إذا كان مأذونا له بالعلاج ، لوجوبه عليه بمقتضى العقد ولا ضمان فى أداء الواجب . وقد نص ابن القيم على الحكم فيما يتولد عن فعل الطبيب الحاذق المأذون له بممارسة العلاج من تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة بأنه (لا ضمان عليه اتفاقا ، فإنها سراية مأذون فيه . وهذا كما إذا ختن الصبى فى وقت ، وسنه قابل للختن ، وأعطى الصنعة حقها ، فتلف العضو أو الصبى لم يضمن)[3] . وفى هذا يتفق الفقهاء وإن اختلفوا فى تعليل رفع المسئولية ، فذهب أبو حنيفة إلى أن علة رفع مسئولية الطبيب تتألف من إذن الشارع بممارسة هذه المهنة لمصلحة المجتمع وإذن المريض بعلاجه . ويشير المالكية فى تعليلهم لرفع هذه المسئولية إلى إذن الحاكم ، كما يشير الشافعية والحنابلة إلى قصد صلاح المريض وانتفاء قصد الإضرار به[4] .

٤٥٤ - الملحقون بالأطباء : يلتحق بالأطباء فى المسئولية من فى حكمهم ممن يتعهدون البدن الإنسانى ، ويتناولون كما يقول ابن القيم كل (من يطب بوصفه وقوله ، وهو الذى يخص باسم الطبائعى ، وبمروده وهو الكحال ،

---

(١) السابق : ١٤٠/٤ .
(٢) السابق : ١٤١/٤ .
(٣) السابق : ١٣٩/٤ .
(٤) مسئولية الأطباء للمرحوم محمد أبى زهرة ، مقال بمجلة لواء الإسلام ، السنة العشرون : ص ٥٣ ، وانظر نهاية المحتاج : ٣٢/٨ ، وبدائع الصنائع : ٣٠٥/٧ ، والمغنى : ٣٤٩/١٠ ، ومواهب الجليل : ٣٢١/٦ ، والتشريع الجنائى الإسلامى لعبد القادر عودة : ٥٢١/١ وما بعدها ، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى : ٣٦/٤ ، ٤٤٩/٥ .

وبمبضعه ومراهمه وهو الجرائحي ، وبموساه وهو الخاتن ، وبريشته وهو الفاصد ، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام ، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبّر ، وبمكواته وناره وهو الكواء ، وبقربته وهو الحاقن ، وسواء كان طبه لحيوان بهيم أو إنسان ، فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم . وتخصيص الناس له ببعض أنواع الأطباء عرف حادث)[1] . وقد عالج الفقهاء أحكام ضمان الحجام والفصاد والبزاغ والخاتن بما لا يخرج عما سبق فى ضمان الطبيب ؛ ففى تبصرة الحكام أنه (إذا أذن الرجل لحجام يفصده أو يختن ولده أو البيطار فى دابة فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلفت الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن . قال ابن رشد : وحكى القاضى أبو محمد رأيه بالضمان لأنه قتله خطأ . أما إذا كان جاهلا أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه أو قصر فيه عن المقدار المطلوب ضمن ما تولد عن ذلك . قال ابن عبد السلام : وينفرد الجاهل بالأدب ، ولا يؤدب المخطىء . وهل يؤدب من لم يؤذن له ؟ فيه نظر)[2] .

وناقش البغدادى فى مجمع الضمانات ضمان الفصاد ومن بمعناه كالبزاغ والحجام والختان ضمن حديثه عن ضمان الأجراء من الملاحين والصائغين والحدادين والنقاشين والصباغين مما يدل على شيوع النظرة إلى عقد العلاج على أنه من عقود الإجارات المتفرد عن غيره بخصائص تميزه ، وهو ما دعا الفقهاء إلى إفراده ببحث خاص لعلاج أحكامه . وقد اتجه التفكير القانونى الوضعى إلى اعتبار عقد العلاج عقدا قائما بذاته بعد استمرار الجد حول طبيعة هذا العقد من الوجهة القانونية . ولم يحظ بالقبول إلحاق هذا العقد بالوكالة أو اعتباره من عقود إيجار الأشخاص أو من عقود الاستصناع فلزم التسليم بطبيعته الخاصة[3] .

٤٥٥ – الخطأ العلمى : لم تصل العلوم الطبية إلى الكمال ، ولا يزال الطبيب مضطرا إلى إعمال تقديراته الخاصة فى النظر إلى الأعراض المرضية ، مستعينا بخبرته المهنية والآراء العلمية المختلفة ، مما يؤدى إلى الوقوع فى الخطأ أحيانا

---

(١) زاد المعاد : ١٤٢/٤ .　(٢) تبصرة الحكام : ٣٤٨/٢ .

(٣) المسئولية المدنية للطبيب فى الشريعة الإسلامية للأستاذ عبد السلام التونجى : ص ٢٤٢ ، ٢٥٣ .

كثيرة . فهل يجب عليه الضمان إذا اجتهد فى التشخيص للمرض فأبان عضوا لم يكن بالمريض حاجة لإبانته ؟ ومن جنسه لو وصف له دواء لا يحتاجه مستندا إلى تشخيصه الخاطىء فهل يجب الضمان لو أضر به ؟ .

لا شك فى أن الطبيب غير ملوم من الناحية الخلقية لمثل هذه الأخطاء التى لا يسع أكبر العلماء التحرز عنها ، ما دام قد أعطى الصنعة حقها وتحري الدقة فى عمله واجتهد فى تطبيق النظريات العلمية المعتمدة . غير أن العدل يقتضى النظر إلى مصلحة المتضرر وتعويضه عما ألم به تطبيقا للقاعدة الشرعية : لا يطل دم فى الإسلام . ولهذا تردد الفقهاء فى إلقاء واجب التعويض على بيت المال أو على عاقلة الطبيب ، نظرا لأن ما وقع منه لا يعد خطأ بالمعنى الحقيقى ، فقد اجتهد وهو مؤهل لهذا الاجتهاد ، لكنه أخطأ فى اجتهاده لتشابه العلامات والأمارات . وهذا هو المعنى الذى التفت إليه القائلون بإيجاب التعويض على بيت المال . ولا يعنى إلقاء التعويض على عاقلة الطبيب عند من يقول به مؤاخذته واعتباره متعديا بقدر ما يقصد إلى البحث عن مصدر لتعويض المتضرز عما لحق به .

أما إذا أخطأ الطبيب خطأ يدل على جهل فاضح فلا يعذر به ، ويتحمل مسئولية مثل هذا الخطأ . من ذلك فيما أحسب أن يجرى الطبيب جراحة لمريضة على أنها تعانى من ورم فى رحمها بقصد استئصال الرحم فإذا هى حامل . وتجب ديتها إذا ماتت من هذه الجراحة ، كما تجب الغرة إذا مات جنينها . ومن جنسه أن يخطىء طبيب الأشعة فى قراءة الصورة ولا يكتشف وجود كسر فى الفخذ أو الذراع على نحو لا يخطىء مثله فى مثل ذلك ، فيضمن ما يترتب على هذا الخطأ ، ولا يعذر الطبيب به .

ويجب على الطبيب العناية بمريضه والتبصر والتحوط فى علاجه ، فلو أعطاه دواء لا يناسبه دون إجراء الاختبارات اللازمة فمات منه وجب الضمان على الطبيب . وقد جاء فى كتاب معالم القربة فى أحكام الحسبة أن (الطبيب يعتبر مسئولا إذا كان العلاج الذى أمر به على غير مقتضى الحكمة وصناعة الطب

من غير تفريط ولا تقصير)[1] . أما إذا بذل من العناية ما يجب عليه فلا يضمن ما يترتب على فعله ، فلو قلع الطبيب السن التى أمره المريض بقلعها على الوجه الذى توجبه رسوم المهنة وأصولها (فانقلع سن آخر متصل بهذا السن لا يضمن)[2] . ويضمن ما أهمله ، فلو (فصد نائما وتركه حتى مات بسيلانه فإنه يقاد)[3] .

---

(١) معالم القربة فى أحكام الحسبة لابن الأخوة الشافعى ، نقلاً عن المسئولية المدنية للطبيب للأستاذ عبد السلام التونجى : ص ٣٦٦ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٤٨ .

(٣) السابق .

المبحث الثالث : المسئولية عن الحيوانات

٤٥٦ – تقديم : خص الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسئولية بمباحث وفصول أفردت لتناول أحكامها ، لكثرة الحوادث والأضرار التى تتسبب فيها وخاصة فى المجتمعات الزراعية . وقد كشف تقرير لجنة بيرسون Pearson أن عدد الحوادث التى تتسبب فيها الحيوانات فى بريطانيا فى العام الواحد يقرب من خمسين ألف حادثة فى أيامنا هذه . ويكفى هذا الإحصاء للدلالة على أهمية الالتفات إلى أحكام هذا النوع من المسئولية . ويقوم التناول الفقهى للمسئولية عن الحيوانات على عدة أسس أهمها :

١ – مسئولية الإنسان عن حيواناته ليست مسئولية مطلقة ، وأنه إنما يسأل عنها إذا أخطأ بإهماله فى حفظها .

٢ – الضرر الذى أحدثه الحيوان دون خطأ من صاحبه غير مضمون عليه . وهو مفهوم القاعدة القاضية بأن العجماء جرحها جبار .

٤٥٧ – وقد دأبت النظم القانونية البدائية على عدم الفصل بين فعل الحيوان وبين فعل مالكه ، واعتبرت المالك مسئولا مسئولية مطلقة عما يقع من حيواناته ولو لم يقصر فى شيء . ويلاحظ دياس وزميله أن تطور مفهوم الإهمال فى القانون الانجليزى فى القرن التاسع عشر كان من المفروض أن ينهى هذه المسئولية المطلقة عن فعل الحيوانات ، وأن يفضى إلى تأسيس هذه المسئولية على هذا المفهوم ، بحيث لا يسأل صاحب الحيوان عما لم يتسبب فيه بإهماله أو تعديه . غير أن الرغبة فى تشديد المسئولية على أصحاب الحيوانات للحث على حراستها ومنع أذاها عن الناس هو الذى أدى إلى بقاء هذه المسئولية المطلقة فترة أخرى . وقد تغير مفهوم المسئولية عن الحيوانات فى القانون الإنجليزى عام ١٩٧١ حين صدر Animals Act ، وأصبح خطأ المالك أو إهماله هو الأساس الذى تقوم عليه مسئوليته عما تتسبب فيه حيواناته من إيذاء للغير[١] .

---

(١) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 280 .

٤٥٨ – جناية العجماء : عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : (العجماء جرحها جبار) ، أى هدر وباطل . وظاهره كما جاء فى نيل الأوطار (أن جناية البهائم غير مضمونة . ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقورًا ولا فرط مالكها فى حفظها حيث يجب عليه الحفظ ، وذلك فى الليل .. وفى أسواق المسلمين وطرقهم ومجامعهم)[1] . ومفاده اشتراط خطأ مالك الحيوان لاعتباره مسئولا عما يتسبب فيه من ضرر . وهذا هو ما يفيده ظاهر المادة ٩٢٩ من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : (الضرر الذى أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه . ولكن لو استهلك حيوان مال واحد ورآه صاحبه ولم يمنعه فإنه يضمن . وكذا لو كان الحيوان مضرا كالثور النطوح والكلب العقور فتقدم إلى صاحبه واحد من أهل محلته أو قريته بقوله له حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه فأتلف حيوانَ (آخرَ أو غير ذلك من ماله ضمن صاحبه) . وقد ورد هذا المعنى أيضا فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى العراقى ، ونصها : (جناية العجماء جبار ، فالضرر الذى أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) .

وترشد هذه النصوص إلى أن المالك ليس مسئولا مسئولية مطلقة عن الأذى الذى يتسبب فيه الحيوان بفعله ، إلا إذا تسبب المالك بتقصيره وإهماله فى إيقاع الحيوان لهذا الأذى ، فيسأل عنه . وإنما تهدر جناية العجماء إذا لم ينسب فعلها إلى تقصير صاحبها أو تعديه . وبهذا فإن قاعدة جناية العجماء جبار[2] مقيدة غير مطلقة ؛ فقد قال الإمام الشافعى : (ما أصابت العجماء من جرح وغيره فى حال جبار وفى حال غير جبار .. وفى هذا دليل على أنه إذا كان على أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت . فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئا مما أصابت)[3] . ويتضح من هذا النص أن مناط المسئولية عن الحيوان هو الخطأ فى حراسته ، وليس الخلاف بين الفقهاء فى موضوع هذه

---

(١) نيل الأوطار : ٧٢/٦ وما بعدها حيث تخريج روايات هذا الحديث كذلك .

(٢) المادة : ٩٤ من العدلية .

(٣) اختلاف الحديث بهامش الأم : ٤٠٣/٧ .

المسئولية فيما يظهر لى إلا اختلافا فى تحقيق هذا المناط وتطبيقه عمليا فى الظروف الواقعية .

٤٥٩ – آراء الفقهاء : مذهب الأحناف أن حارس الحيوان ضامن ما يتسبب فيه من الأضرار بغفلته وتقصيره ، وإلا لم يضمن ، فالراكب ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت ، لإمكانه التحرز عن ذلك كله ، لكنه لا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها ، لأنه لا يمكنه التحرز عن مثل ذلك . وقد نص محمد بن الحسن على أنه لا ضمان على الراكب إذا ضربت الدابة (بحافرها حصاة أو نواة أو حجرا أو شبه ذلك فأصابت إنسانا وهى تسير .. وهذا عندنا بمنزلة التراب والغبار ، إلا أن يكون حجرا كبيرا فيضمن ولو راثت أو بالت فى المسير فعطب إنسان بذلك لم يكن عليه ضمان . وكذلك اللعاب يخرج من فيها . ولو وقع سرجها أو لجامها أو شيء يحمله عليها من أداتها فأصاب إنسانا وهى تسير فمات كان ضامنا ومن عطب به بعد ما كان وقع على الأرض ، عثر به أو تعقل به ، فهو ضامن أيضا . والراكب والمرتدف والسائق والقائد فى الضمان سواء)[1] . والمدار فى الضمان وعدمه على إمكان التحرز عن إضرار الغير بالتنبه واليقظة أو عدم إمكان التحرز ، فالحجر الكبير يمكن للسائق رؤيته وتجنبه على حين لا يمكن ذلك إذا كان الحصى الذى تثيره صغيراً ، إلا إذا أجراها بسرعة ثار بها الغبار والحصى الصغيرة فإنه يضمن كذلك حسبما نبه عليه بعض فقهاء الأحناف .

٤٦٠ – ولا يختلف مذهب المالكية عن ذلك وإن اختلفت تعبيراتهم عن نفى الضمان بنفى الخطأ ووجوبه لوجوبه . يقول القرافى : (إن أرسلت الماشية بالنهار للرعى أو انفلتت فأتلفت فلا ضمان . وإن كان صاحبها معها ، وهو بالليل ، وأرسلها مع قدرته على منعها ضمن .. وقالوا يضمن أرباب القطط المعتادة للفساد ليلا أفسدت أو نهارا . وإن خرج الكلب من داره فجرح ضمن ،

---

(١) المبسوط أو الأصل لمحمد بن الحسن : ٥٥٥/٤ وما بعدها ، وانظر كذلك الهداية : ١٩٧/٤ وبدائع الصنائع : ٢٧٢/٧ وما بعدها والمبسوط للسرخسى : ١٨٨/٢٦ وما بعدها ، والبحر الرائق : ٤٠٦/٨ وما بعدها ، ومجمع الضمانات : ص ١٨٥ وما بعدها ، ومعين الحكام للطرابلسى : ص ٢٠٩ وما بعدها .

أو الداخل بإذن فوجهان ، أو بغير إذن لم يضمن . وإن أرسل الطير فالتقطت حب الغير لم يضمن ليلا أو نهارا)[1] . وإنما فرق المالكية بين إرسال الحيوانات ليلا ، وأوجبوا به الضمان ، وبين إرسالها نهارا ولم يوجبوا به ضمانا إلا إذا كان معها حارس لها ، بناء على أن حفظ الزروع والحوائط كان مسئولية أصحابها نهارا فى المجتمعات التى عاش فيها الأئمة المتقدمون من المالكية ، وبخاصة بيئة المدينة ، على حين كان المعتاد أن تحبس الحيوانات فى مراحها ليلا ، فلا يضطر أصحاب الزروع إلى حراستها . ويدل على هذا المعنى ما ورد عن حرام بن محيصة (أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا فأفسدت فيه ، فقضى نبى الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشى بالليل ضامن على أهلها)[2] أى مضمون . لكن يبدو أن متأخرى المالكية وغيرهم قد غاب عنهم هذا العرف فأوجبوا ضمان ما أفسدته المواشى بالليل على أهلها مطلقا ، ونفوا ضمان ما أفسدته نهارا ، دون نظر إلى العرف السائد ، فغاب عنهم المعنى الذى قام عليه التفريق بين إرسال الحيوانات ليلا أو نهارا فى إيجاب الضمان ونفيه ، وهو ابتناء الضمان عى أساس الإهمال ومخالفة الواجب فى الحفظ .

ويتضح النظر إلى الخطأ فى ضمان حارس الحيوان فى غير مسألة الإسال ، فقد نص القراف على أنه إن رمت الدابة حصاة كبيرة أصابت عين إنسان ضمن من كان معها ، بخلاف الصغير ، لأنه لا يمكنه التحفظ منها . والتحفظ من الكبيرة بالتنكب عنها . ويذكر القراف كذلك أن الراكب يضمن ما نفحت الدابة (بيدها ، لأنه يمكنه ردها بلجامها . ولا يضمن ما أفسدت برجلها وذنبها)[3] لأنه لا يمكن التحفظ من ذلك .

وقد التفت ابن فرحون إلى أن المناط فى نفى الضمان بإرسال المواشى هو انتفاء الإهمال . يقول فى ذلك : (ما أفسدت البهائم فى الزرع نهارا فلا ضمان

(١) الفروق للقراف : ١٨٦/٤ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة ، انظر نيل الأوطار : ٧٢/٦ .

(٣) السابق : ١٨٧/٤ .

على أرباب المواشي . وأما بالليل فالضمان عليهم . والقول بنفي الضمان فيما أفسدته نهارا محمول على أن المواشي معها راع ، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون . وإذا سقط الضمان عن أرباب المواشي فيما رعته نهارا فضمان ذلك على الراعي إن فرط . وفي معين الحكام : إنما سقط عن رب الماشية ضمان ما أفسدته ما شيته نهارا من الزرع والحوائط إذا أخرج ما شيته عن جملة الزرع والحوائط بقائد يقودها إلى رعيها . وأما إن أهملوها بين الزرع والحوائط دون راع أو مع راع يضيع أو يفرط فربها ضامن لما أفسدته . ويضمن الراعي المفرط إلا أن يشذ منها شيء بلا تفريط فلا ضمان . واعلم أن سقوط الضمان فيما رعته البهائم نهارا إنما هو في المواضع التي لا تغيب أهلها عنها . وأما إن كان الجنان مهملا لا يأتيه أربابه إلا في أيام الجذاذ فإن الضمان لازم فيما رعته نهارا)[1] . وفيه اتفاق ابن فرحون المالكي والطرابلسي الحنفي على النظر إلى عرف الناس في حراسة حيواناتهم وزروعهم ، وإيجاب الضمان بمخالفة هذا الواجب .

٤٦١ – والمناط في هذا المذهب الشافعي هو مخالفة الواجب ، فيجب الضمان على حارس الحيوانات عندهم ، سواء أكان مالكا أم مستأجرا أم مودعا أم مستعيرا أم غاصبا ، إذا خالف الواجب عليها . جاء في المنهاج : (من كان مع دابة أو دواب ضمن إتلافها نفسا ومالا ، ليلا ونهارا . ولو بالت أو راثت في الطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان . ويحترز عما لا يُعْتاد كركض شديد في وحل فإن خالف ضمن ما تولد منه .. وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعا أو غيره نهارا لم يضمن صاحبها أو ليلا ضمن إلا أن لا يفرط في ربطها أو حضر صاحب الزرع وتهاون في دفعها . وكذا إن كان الزرع في محوط له باب تركه مفتوحا في الأصح)[2] .

وإنما التفريق بين الضمان في إرسال الدابة ليلا وبين عدم الضمان في إرسالها نهارا ، فيما يذكره الخطيب (لتقصيره[3] بإرسالها ليلا بخلافه نهارا للخبر الصحيح

---

(١) تبصرة الحكام : ٢/٣٥٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٤/٢٠٤ وما بعدها .

(٣) السابق : ٤/٢٠٦ ، وانظر المهذب : ٢/١٩٤ ، وحاشية الجمل : ٥/١٧٥ وما بعدها .

فى ذلك ، رواه أبو داود وغيره . وهو على وفق العادة فى حفظ الزرع ونحوه نهارا والدابة ليلا . ولو تعود أهل البلد إرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلا دون النهار انعكس الحكم ، فيضمن مرسلها ما أتلفته نهارا دون الليل اتباعا لمعنى الخبر والعادة . ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقينى أنه لو جرت عادة بحفظها ليلا ونهارا ضمن مرسلها ما أتلفت مطلقا)[1] . وقياسه أنه لو كانت العادة الإرسال فى مناطق معينة طول الوقت لم يكن مالكها متعديا بإرسالها ولا يضمن . وعليه يحمل ما ورد عن أبى حنيفة فى عدم التضمين بالإرسال . ولا يسلم القول بنفى الضمان إن أسهم صاحب المال بفعله فى الإضرار بنفسه ، كأن يترك الباب مفتوحا للدابة التى أخطأ صاحبها بتركها فتدخل زرعه المحوط بسور . ووجه الاعتراض أن خطأ صاحب الزرع فى ترك الباب مفتوحا لا يقطع خطأ حارس الدابة ، وغايته أن يعد ذلك من الإهمال المشترك الذى يوجب توزيع الضرر بنسبة الخطأ .

ومبنى المسئولية عن الحيوانات عند الحنابلة هو تفريط الحارس Keeper الذى اصطلح عليه الفقهاء بذى اليد . ومفاده وجوب الضمان بالتفريط والإهمال والتعدى وانتفاؤه بانتفاء هذه المعانى[2] .

٤٦٢ – شروط المسئولية عن الحيوانات : يشترط فى الحيوانات الموجبة للمسئولية أن تكون مملوكة لأحد ، وإلا لم يجب الضمان ، فلو انطلق الجراد أو الدود أو الأرانب البرية أو الثعالب الهائمة على زرع أحد فأتلفته لم يضمن صاحب الأرض التى انطلقت هذه الحيوانات منها . وقد سئل البلقينى (عما جرت به العادة من ولادة هرة فى محل وتألف ذلك المحل بحيث تذهب وتعود إليه للإيواء ، فهل يضمن مالك المحل متلفها فأجاب بعدمه حيث لم تكن فى يد أحد ، وإلا ضمن صاحب اليد)[3] .

ويشترط كذلك توقع الضرر من الحيوان ما لم يقيد أو يحفظ ، فلا يضمن

(١) السابق : ٢٠٦/٤ ، وانظر المهذب : ١٩٤/٢ ، وحاشية الجمل : ١٧٥/٥ وما بعدها .
(٢) كشاف القناع : ١٢٥/٤ .
(٣) حاشية الجمل : ١٧٩/٥ .

صاحب القطة إذا تركها طليقة ما لم تكن معروفة بشراستها . ويقسم الفقهاء الحيوانات إلى ضارية يتوقع منها الإيذاء والإتلاف وإلى غير ضارية . والضارية هى المعتادة بالجناية من البهائم والجوارح وشبهها ، مما يعد طبيعة فى أفراد نوعها ، أو فى أحوال خاصة بها كالكلاب والقطط التى ولدت حديثا . وعلى مالك هذا النوع من الحيوانات أو ذى اليد عليها أن يتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم إضرارها بأحد . ولا حق له فى إرسالها ، فمن أطلق كلبا عقورا أو دابة رفوسا أو جملا عضوضا على الناس فى طرقهم ومصاطبهم ورحابهم فأتلف مالا أو نفسا ضمن لتفريطه . وكذ إن كان له طائر جارح كالصقر والبازى فأفسد طيور الناس وحيواناتهم لم يكن له أن يرسله ويضمن ما يتلفه مثل هذا الطائر[1] . أما غير الضارية فلا ضمان على صاحبها إذا لم يفرط فى حفظها وتعهدها . وفى كشاف القناع أن (البهيمة النزقة التى لا تنضبط بكبح ولا نحوه ليس له ركوبها بالأسواق . فإن ركب ضمن لتفريطه . وكذا الرموح والعضوض)[2] . ولو كان الحيوان أليفا لم يعهد منه إتلاف قبلا فلا ضمان ، ولا يعد إرسالها تعديا . لكن لو تكرر هذا منه ضمن صاحبه .

ويشترط للضمان كذلك خطأ حارس الحيوان بالتقصير والإهمال أو مجاوزة المعتاد . من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٨ من القانون المدنى العراقى ، ولفظها : ١ – (إذا أضر حيوان بمال شخص وراء صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا . ٢ – ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه أحد من أهل محلته أو قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بعيب الحيوان) . وفى المادة ٢٢٩ من هذا القانون أنه ١ – (إذا أدخل شخص دابة فى ملك غيره بدون إذنه ضمن ضرر تلك الدابة ، سواء كان راكبا أو سائقا أو قائدا موجودا عندها أو غير موجود . ٢ – أما لو انفلتت بنفسها ودخلت فى ملك الغير وأحدثت ضررا فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة . ٣ – وكذلك

---

(١) المبدع والسابق : ١٩٦/٥ .
(٢) كشاف القناع : ١٢٨/٤ .

لو أدخل الدابة فى ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) . وفى المادة ٢٣٠ من القانون نفسه أنه ١ - (لا يضمن المار بالطريق العام راكبا أو قائدا أو سائقا الضرر الذى لا يمكن التحرز عنه ، فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان . ٢ - أما الضرر الذى يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه ، إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه) . وتقضى المادة ٢٣١ بأنه : ١ - (لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها فى الطريق العام فى غير المحل المعد لوقوف الدواب ضمن ضررها فى كل الأحوال . ٢ - ويضمن الضرر من سيب الدابة فى الطريق العام أو تركها تتسرب إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها) . وفى المادة ٢٣٢ من هذا القانون أنه : ١ - (إذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الأول بدون إذنه فلا ضمان . وإذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها . ٢ - وإذا ربط شخصان دابتيهما فى محل لهما حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التى أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر . ٣ - وإذا ربط شخصان دابتيهما فى محل ليس لهما حق الربط فيه وأضرت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخرا فلا ضمان . وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان) .

وعلى الرغم من هذا التفصيل المعيب من الناحية الفنية فى الصياغة القانونية فإن هذه المواد الخمس تجمل أنواع الأخطاء التى تصدر من حارس الحيوان والتى توجب الضمان . ولا يخفى تشابه هذه المواد فى صياغتها مع اللغة الفقهية حتى لتبدو منتزعة من بطون الكتب الفقهية ، ولذا آثرت نقلها بتتابعها لتوضيح اشتراط خطأ الحارس .

٤٦٣ - الحارس المسئول : تقدم أنه لا ضمان فيما تتلفه الحيوانات التى لا يملكها أحد . ومفاده اشتراط ملكية الحيوان لضمان ما يفعله وإلقاء المسئولية على مالكه أو من ينوب عنه فى انتقال الحراسة القانونية إليه كالمستأجر والمودَع

والمستعير والغاصب والسائق والقائد والراكب والراعى والبيطرى . وإنما ينتقل واجب الحراسة إلى المستأجر والمستعير والغاصب والبيطرى طوال فترة الإجارة والإعارة والغصب والعلاج . ولا تكفى الحراسة القانونيّة وحدها لإيجاب الضمان ، وإنما يشترط كذلك الحراسة المادية التى عناها الفقهاء بإثبات اليد . وهذا هو ما يفيده قول صاحب المبدع على سبيل المثال : (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها)[1] ، فمعناه أن مجرد الملك أو الحراسة القانونية لا يكفى لإيجاب الضمان ، وإنما يشترط كذلك إثبات اليد . ولذا فإن الحيوان لو انفلت من صاحبه رغما عنه ولم يكن فى الوسع استعادة السيطرة عليه فى الحال فأضر فى انفلاته بأحد فى نفس أو مال لم يجب ضمان إلا إذا رجع الانفلات إلى إهماله .

والمرتهن وعامل القراض كالمالك فى إيجاب الضمان ، ويصير إليهما واجب الحراسة[2] . أما الراعى فيضن عند الأحناف ما تولد من فعله ولا يضمن ما يرجع إلى فعل الحيوانات ، ففى مجمع الضمانات أن (البقار إذا غاب عن الباقورة فوقعت فى زرع فأفسدته لا يضمن)[3] . على الرغم من إهماله بهذا الغياب . أما (إذا أرسلها فى الزرع أو أخرجها من القرية وهو يذهب معها حتى وقفت الباقورة فى الزرع أو أتلفت مالا فى سننها ضمن)[4] . والعبرة عند غيرهم بوقوعه فى التقصير والإهمال[5] .

٤٦٤ – وللحارس رفع المسئولية عن نفسه إذا أثبت أنه لم يكن بوسعه الاحتراز عما وقع من الضرر لغيره ، أو أن الضرر حصل بخطأ المجنى عليه . (بناء عليه لا يضمن من يمر فى الطريق العام راكبا على حيوانه الضرر والخسار اللذين لا يمكن التحرز عنها . مثلا لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب

---

(١) المبدع : ١٩٦/٥ .
(٢) كشاف القناع : ١٢٦/٤ .
(٣) مجمع الضمانات : ص ٣٣ .
(٤) السابق .
(٥) تبصرة الحكام : ٣٣٩/٢ .

الآخر أو رفصت برجلها المؤخرة ، أو لطمت بذيلها وأضرت لا يلزم الضمان . ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذى وقع من مصادمتها أو لطم يدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك)[1] . ومن دفع المسئولية بفعل المضرور ما قاله محمد فيما إذا سار الرجل على دابة فى الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفحت الناخس فيكون دمه هدرا[2] . لكن لو نخسها بإذن الراكب وأمره كان هذا بمنزلة فعل الراكب[3] . وفى مغنى المحتاج أن الضمان عليهما إن أذن الراكب فى النخس[4] . ومن جنسه أن يهيج كلبا فيعضه أو يدخل دارا بها كلب عقور بلا إذن صاحبها ، أو بإذنه وهو يعلم حال هذا الكلب ، فلا يضمن صاحب هذا الكلب ، لأن المتضرر هو المتسبب فى الإضرار بنفسه[5] .

٤٦٥ – ويظهر لى أن خطأ حارس الحيوان عند الفقهاء المسلمين خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس فى أحوال معينة ، من بينها أن يربط دابته أو يوقفها (فى الطريق العام ، فلو فعل ضمن جنايتها على كل حال ، سواء رفصت بيدها أو رجلها أو ذيلها أو جنت بسائر الوجوه)[6] . وكذلك (من سيب دابته فى الطريق العام يضمن الضرر الذى أحدثته)[7] . ومنه أن يدخل دابته ملك غيره بلا إذن هذا الغير فإن الضمان يجب على من أدخلها مطلقا .

ويعد خطأ حارس الحيوان خطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس فيما يظهر لى فى أحوال أخرى ، من بينها حدوث الضرر من حيوان معه ذو يد عليه كقائد أو راكب أو راع فيضمن الحارس إلا إذا أثبت أنه لم يكن بوسعه التحرز عن الضرر ، كما لو نشأ بالعثار فى روث الحيوان أو بوله أو برفسه بجموح لا يستطاع السيطرة عليه . ولو أتلف حيوان مال غير صاحبه ، ورآه ولم يمنعه فإنه يفترض خطؤه ويضمن ما لم يثبت أنه لم يكن بوسعه أن يمنعه .

---

(١) المادة : ٩٣٢ من مجلة الأحكام العدلية .
(٢) المبسوط أو الأصل لمحمد : ٥٦٠/٤ .
(٣) السابق .
(٤) مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ .
(٥) السابق : ٢٠٨/٤ ، وحاشية الجمل : ١٧٥/٥ .
(٦) المادة : ٩٣٤ من العدلية .
(٧) المادة : ٩٣٥ من العدلية .

ويبدو لى أن المسئولية عن فعل الحيوانات مبنية فى بعض الأحوال الأخرى على مفهوم الخطأ الثابت ، بحيث يجب على المتضرر إثبات خطأ حارس الحيوان أو تقصيره لإيجاب الضمان عليه . من ذلك أن إتلاف الحيوان أموال الغير وهو مرسل إرسالا لا يعد بحد ذاته من التعدى ، كإرساله فى المراعى أو إذا كان الحيوان لا تجرى عادة الناس بتقييده أو غير ضار بطبعه . ولا يضمن صاحبه فى هذه الأحوال إلا إذا ثبت خطأ حارسه . وترشد المادة ٢٢٧ من القانون المدنى العراق إلى أن أساس المسئولية عن الحيوانات فى هذا القانون هو مفهوم الخطأ الثابت لا المفترض ، مما يعنى إلقاء عبء إثبات الخطأ على المتضرر فى الأحوال كلها ، ولا يخفى ما فيه من الحرج أحيانا .

ويظهر لى أن اختلاف الأسس باختلاف الظروف التى حدث فيها الضرر وباختلاف طبيعة الحيوان هو الأقرب إلى النصوص الفقهية . والضابط الذى يستند إليه القاضى فى اختيار أى من هذه الأسس هو دلالة الظاهر على خطأ الحارس وتقصيره ، فإن دل الظاهر على خطئه بيقين وجب عليه الضمان ، ولم يكن له الحق فى إثبات تحوطه ، وقد سبق ذكر أمثلته . أما لو دل الظاهر على هذا الخطأ دون تيقن فإن الخطأ المفترض للحارس قابل لإثبات عكسه . وفى غير هذا فإن الظاهر لو لم يدل على خطأ الحارس كان الواجب على المتضرر هو إثبات ما يدعيه من خطأ المتضرر .

وأحسب أن هذا هو الأقرب إلى منطق الفقهاء المسلمين فى تعريفهم للمدعى بأنه هو الذى يطالب بإثبات خلاف ما يدل عليه الظاهر ، فتجب عليه البينة لذلك إذا لم يدل الظاهر على خطأ الحارس . أما إذا دل الظاهر على خطئه فيفترض هذا الخطأ افتراضا قابلا لإثبات عدمه أو غير قابل لذلك تبعا لدرجة دلالة الظاهر على هذا الخطأ .

٤٦٦ — دفع الضمان بعدم التعدى : لا يجب الضمان على حارس الحيوان إذا تقيد فى حراسته بأحكام الشارع وأعراف الناس وعاداتهم ؛ فلا يضمن لهذا ما تتلفه الدابة وهى فى حظيرتها أو فى موقف أعد لوقوفها بإذن الإمام أو فى ملك الغير بإذنه . وفى المادة ٩٣١ من مجلة الأحكام العدلية أنه « إذا أدخل واحد دابته

فى ملك غيره ، فإن أدخلها بإذنه لا يضمن جنايتها) . وفى المادة ٩٣٠ من هذه المجلة أنه (لا يضمن صاحب الدابة إذا لطمت بيديها أو رأسها أو ذيلها أو رفست برجلها فأضرت بواحد حال كونها فى ملكه راكبا كان أو لم يكن) . وفى المادة ٩٣٩ من المجلة أنه (إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل لهما فيه حق الربط فأتلفت إحدى الدابتين الدابة الأخرى فلا يلزم الضمان . مثلا لو أتلفت دابة أحد الشريكين فى دار دابة الآخر عندما ربطاهما فى تلك الدار لا يلزم الضمان) .

ولا يجب الضمان إذا صال الحيوان على إنسان فقتله فى مذهب الجمهور لعدم تعدى المصنول عليه ، وثبوت حق الدفاع الشرعى له . وهو مذهب ، مالك ، والشافعى ، وأحمد[1] . ويخالف الأحناف فيرون حق صاحب الدابة فى قيمتها إذا أتلفها المصول عليه ، لأن صيالها ينشىء حالة الضرورة ، والاضطرار لا يبطل حق الغير كما هو القاعدة[2] . ويتفق الحكم الذى أخذت به المحاكم الانجليزية عام ١٩٤٨ مع مذهب الجمهور ، وذلك فى قضية Creswell, V. Sirl فقد هاجم كلب المدعى حيوانات المدعى عليه الذى عاجله بإطلاق النار عليه ، وهو على بعد أربعين ياردة ، عندما بدأ فى التقدم صوبه . وحكمت المحكمة بتبرئة المدعى عليه من الضمان ، لأن الكلب قام بمهاجمة الحيوانات فعلا ، وكان على وشك الهجوم على المدعى عليه نفسه لو لم يقاومه ، ولهذا بدا أن إطلاق النار هو الوسيلة المناسبة لدفع هذا الهجوم[3] .

٤٦٧ – فى القانون الانجليزى : عنى هذا القانون بضبط أحكام المسئولية عن الحيوانات استجابة للحاجة الاجتماعية إلى هذا الضبط . وفى تقرير لجنة Pearson إشارة إلى هذه الحاجة ، حيث بلغت الأضرار التى تتسبب فيها الحيوانات ما يقرب من خمسين ألف حالة ، تتضمن وفيات عديدة . وتتسبب

---

(١) الفروق للقرافى : ١٨٥/٤ ، والأم : ١٧٢/٦ ، والمهذب : ٢٢٥/٢ ، ومغنى المحتاج : ١٩٥/٤ ، والمبدع : ٢٠٠/٥ .

(٢) الهداية : ١٦٤/٤ ، والبحر الرائق : ٣٤٤/٨ ، والمادة ٣٣ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم باز .

(٣) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 289 and 379 .

الكلاب والخيول فى أكثر هذه الإصابات ، كما تعانى المجتمعات الزراعية من هذه الأضرار أكثر من غيرها . وترتد ضوابط المسئولية عن الحيوانات فى القانون الانجليزى عموما إلى الأحكام العامة للمسئولية وإلى قواعد الإهمال ، كما تقوم هذه المسئولية على أحكام قانون المسئولية عن الحيوانات Animals Act الصادر عام ١٩٧١[١] .

وقد عالج هذا القانون بعض أوجه النقص التى كانت قائمة قبل ظهوره ، من ذلك أن القانون العرفى لم يكن يلزم أصحاب الحيوانات بحفظها ومنعها من الوقوف على الطرق السريعة مما أدى إلى حوادث بالغة الألم لقائدى السيارات على هذه الطرق . ويؤكد مجلس اللوردات عام ١٩٤٦ فى قضية Searle v. Wallbank أن أصحاب الأراضى المجاورة لهذه الطرق غير مسئولين عما تسببه حيواناتهم من ضرر للمارين على هذه الطرق ، سواء كانت واسعة أو ضيقة ، ودون نظر إلى طبيعة حركة المرور عليها[٢] . غير أن الفقرة الأولى من المادة الثامنة فى قانون ١٩٧١ قد أبطلت الأساس الذى يقوم عليه مثل هذا الحكم ، وأوجبت على أصحاب الحيوانات اتخاذ الوسائل اللازمة لمنع حيواناتهم من شغل الطرق السريعة والتسبب فى حوادث المرور على هذه الطرق . وفى رأى اللورد Hail Sham أن هذه هى المادة الوحيدة التى تستحق الاحتفاء فى هذا القانون كله . ومع ذلك فإن مجرد ظهور الحيوانات على هذه الطرق لا يفضى إلى قيام المسئولية ، وخاصة إذا أرسلها هو فى أرض قريبة منها وكانت من المراعى العامة أو إذا أرسلها فى أرضه غير المسورة ، ولا يجرى العرف بتحويط مثل هذه الأرض ، أو إذا كان له حق فى إرسال حيواناته فى هذه الأرض . وبناء على ذلك أعفت المحكمة فى قضية Davis v. Davis عام ١٩٧٥ صاحب قطيع انطلق إلى الطريق السريع من أرض قريبة كان يرعى فيها وأضر بسيارة المدعى التى اصطدمت ببعض أفراد هذا القطيع . وإنما أعفى من الضمان لأنه كان مأذونا فى رعى قطيعه بتلك الأرض[٣] .

---

(١) السابق : ص ٢٧٩ ، ٤٧٠ .

(٢) السابق : ص ٢٨١ .

(٣) السابق : ص ٢٨٢ .

ولا يوجب القانون الانجليزى ضمان الأضرار غير المباشرة التى تتسبب فيها الحيوانات الخطرة Dangeraus Animals مطلقا . ففى قضية Brook v. Cook التى نظرت عام ١٩٦١ رأت المدعية قرد جارها يقفز من حائط حديقتها ويتجه إليها فاستولى عليها الخوف من هذه المفاجأة ، وأخذت تعدو إلى الداخل فانزلقت رجلها وكسر ساعدها . وطالبت بالتعويض على أساس أن القرد حيوان غير مستأنس ، وهو ما يعرض صاحبه للمسئولية . وعلى الرغم من تسليم القاضى بعدم استئناس هذا الحيوان فإنه لم يوجب التعويض على صاحبه ، بناء على أن الكسر لم ينشأ من هجوم القرد ولم يكن نتيجة له[1] .

ولا يوجب هذا القانون الضمان على حارس الحيوان إن لم يهمل ، كأن ينفلت الحيوان منه أثناء وجوده فى مكان مأذون بوجوده فيه كالطريق العام . توضحه قضية Tillet v. Ward التى نظرت عام ١٨٨٢ ، حيث اقتحم ثور محلا للصناعات المعدنية ، وحطم كثيرا من الأشياء قبل إخراجه . ولكن المحكمة قضت بعدم ضمان صاحبه ، لانفلاته من مكان عام يجوز وجوده فيه[2] . ولم تحكم المحكمة بالضمان كذلك فى قضية Crumming v. Granger المحكوم فيها عام ١٩٧٧ للمعنى نفسه ، وهو انتفاء إهمال المدعى عليه . ذلك أنه كان له دار بفناء يغلق بابه فى الليل ويرسل كلبه من قيوده فى هذه الأثناء لمنع أى أحد من الدخول . لكن أحد أصدقائه الذى أعطاه مفتاح هذا الباب قد جاء ذات ليلة برفقة صديقة له ، فهاجمها الكلب وجرحها جرحا بالغا بعد أن تجاوزت الباب بقليل . وقد استندت المحكمة فى نفى ضمان المدعى عليه إلى وجوب معرفة المدعيين بوجود الكلب ، بحكم سماعهما لنباحه قبل الدخول . ومفاده قبولهم خطر هذا الوجود[3] .

وإنما يجب الضمان إذا انتسب فعل الحيوان إلى المدعى عليه . فلو علم ببغاء سب أحد أو قذفه ففعل أضيف الفعل إلى صاحب الطائر وصار كأنما قذفه بلسانه

---

(١) السابق : ص ٢٨٩ .
(٢) السابق : ص ٢٨٣ .
(٣) السابق : ص ٢٨٨ .

هو . ولو أوقف دابته فى الطريق العام كان مسئولا عما يترتب من أضرار . وفى قضية Pitcher v. Martin التى صدر الحكم فيها عام ١٩٣٧ اصطحب المدعى عليه كلبه ، مرسلا مقوده الطويل ، فلف هذا المقود على ساق المدعية مما أدى إلى تعثرها به . وتضمن الحكم بالضمان أن صحبة كلب مع إرخاء مقوده الطويل نوع إهمال يوجب المسئولية[1] . ولو أهاج كلبا على إيذاء شخص كان من أهاجه مسئولا عن الضرر كما لو فعله بنفسه[1] .

وتجب المسئولية عن الحيوانات العادية بطبيعة جنسها إذا جرت العادة بتقييدها ، وخالف حارسها ما هو معتاد . أما إذا لم يكن مؤذيا بطبيعة نوعه ، ولم يسبق صدور مثل هذا الفعل الضار فلا يجب تقييده ولا ينشأ الضمان . وفى قضية Glanville v. Sutton التى حكم فيها عام ١٩٢٨ عض حصان المدعى عليه رجلا فلم تحكم المحكمة بالضمان عليه ، لعدم سبق ذلك منه ، على الرغم من معرفته بتكرر عضه لعدة خيول . إذ يشترط للضمان معرفة طبيعة الحيوان الضارة فى حدودها التى وقعت بالفعل[2] .

٤٦٨ – وقد اعتبرت المادة الحادية عشرة فى قانون ١٩٧١ Animals Act من التعدى إرسال حيوانات معينة كالأبقار والأغنام والماعز والدب المستأنس والبغال ، ودخولها إلى ملك الغير . أما القطط والكلاب فلا تدخل فى ذلك ولا يعد إرسالها ودخولها إلى ملك الغير تعديا ، وذلك لصعوبة السيطرة عليها وعدم جريان العادة بتقييدها[3] . ويشمل الحارس Keeper فى تعريف الفقرة الثالثة من المادة السادسة فى القانون المذكور كلا من المالك أو الحائز كالمستأجر والمستعير والمرتهن . ويعد رئيس البيت الذى حاز أحد أفراده حيوانا هو الحارس لهذا الحيوان إذا لم يبلغ الحائز ست عشرة سنة[4] .

وللحارس الحيوان أن يدفع المسئولية عن نفسه بأى من الأمور التالية :

---

(١) السابق :ص ٢٨٠ .

(٢) السابق : ص ٢٨٦ .

(٣) السابق : ص ٢٨٢ .

(٤) السابق : ص ٢٨٦ .

(أ) إذا ثبت تسبب المدعى بفعله الخاطىء فى إلحاق الضرر بنفسه أو ماله . وفى المادة الخامسة ، الفقرة الثالثة ، من القانون المذكور أن الحيوان المرسل فى ملك صاحبه لا يجب الضمان بفعله إذا هاجم أحدًا داخل هذا الملك ، شريطة أن يكون إرساله بقصد الحراسة المألوفة فى البيئة . ولا يعد منه لذلك أن يرسل أسدا فى ملكه ، فإن هذا الأمر غير معهود فى الحراسة[1] .

(ب) إذااشترك المضرور فى إلحاق الضرر بنفسه ، كما لو حدث بفعل كل من المدعى والمدعى عليه . ولا يعنى الدفع فى هذه الحالة سوى إنقاص الواجب فى التعويض .

(جـ) إذا لم يكن بوسع المدعى عليه التحرز من الضرر ، كما لو انفلتت الدابة رغما عنه من مكان مأذون له بوجود دابته فيه ، كأن تجمح منه فى الطريق العام وتدخل ملك أحد ، دون أن يستطيع الحارس دفعالها .

والحاصل أن قسمات التفكير فى المسئولية عن الحيوانات فى القانون الانجليزى شبيهة إلى حد كبير فى خطوطها العامة مع ما عبر عنه الفقهاء المسلمون فى الموضوع نفسه . ولعل هذا التشابه أن يثير من الأسئلة ما يحتاج إلى الإجابة فى بحث مستقل .

---

(١) السابق : ص ٢٨٧ .

المبحث الرابع : المسئولية عن الأشياء غير الحية

٤٦٩ - تقديم : يقصد بالأشياء غير الحية ما كان من قبيل الجمادات كالأبنية والآلات وما يماثلها مما لا حياة فيه ولا اختيار له . وليست هذه الجمادات أهلا للتكاليف فى الشريعة الإسلامية ، وإنما يسأل حارسها عما تتسبب فيه من أضرار للآخرين . وتتناول القوانين الحديثة تحت هذا النوع من المسئولية الأمور الثلاثة التالية :

١ - المسئولية عن المبانى المتصلة بالأرض اتصال قرار ، سواء اتخذت من الخشب أو الحديد أو المواد الأخرى المعهودة ، وسواء كان معدا للسكنى أو لإيواء الحيوانات أو للتخزين . ويدخل فيه ما شيد فى باطن الأرض والجسور والأسوار والسلالم والشرفات . والأضرار المضمونة فى هذا النوع من المسئولية هى الأضرار الناشئة عن تهدم المبانى كليا أو جزئيا . أما الأضرار الناشئة عن انتقال النار من المبانى أو تسرب المواد الضارة فلا تدخل فى نطاق هذه المسئولية .

٢ - المسئولية الناشئة عن سقوط الأشياء من أسطح المبانى والشرفات ، كما لو وقعت خشبة أو جرة من نافذة أو شرفة تطلان على الشارع فأصابت أحد المارة بجراح أو أتلفت مالا .

٣ - مسئولية حراسة الأشياء التى تتطلب عناية خاصة كالآلات والأدوات (الميكانيكية) .

٤٧٠ - وقد عقد الفقهاء المسلمون مباحث خاصة لتناول أحكام الضمان الناشىء عن سقوط الحوائط وتهدمها ، وهو ما عنون له كثير منهم بعنوان (الحائط المائل) . ولا يخفى أنهم بحثوا تحت هذا العنوان ما يتناوله القانونيون الوضعيون فى (المسئولية عن المبانى) . ومن جهة أخرى فإن الفقهاء تناولوا أحكام سقوط الأشياء من المبانى والشرفات ، ومسئولية الحائزين عن سقوطها . أما المسئولية عن الآلات والأدوات فلم يعالجوها فى مباحث مستقلة ، وإن

تعرضوا لبحث أحكامها وقواعدها العامة على نحو عرضى يتسم بالتشتت والتناثر . ومرد ذلك فيما يبدو أن الأدوات الآلية لم تهيمن على الحياة الإنسانية إلا بعد ظهور المخترعات الحديثة وتقدم وسائل النقل ، وهو ما كان له أثره فى اتجاه القوانين الحديثة إلى تناول أحكام المسئولية عنها فى مواد خاصة بها . ويجب تناول أحكامها من الوجهة الفقهية فى إطار هذه الظروف الحديثة .

وأتناول أحكام المسئولية عن هذه الأمور الثلاثة على الترتيب التالى .

أولا : المسئولية عن المبانى والحوائط

٤٧١ – آراء الفقهاء : لا خلاف بين العلماء فى وجوب الضمان إذا كان البناء معيبا منذ إنشائه وأدى سقوطه إلى الإضرار بأحد . ففى الهداية أنه (لو بنى الحائط مائلا فى الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء ، كما فى إشراع الجناح)[١] . وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة[٢] .

أما لو طرأ التعيب بعد إقامة البناء على نحو أدى لسقوطه والإضرار بالغير ففيه اختلاف العلماء إلى اتجاهات كثيرة ، أهمها فيما يلى :

(أ) لا ضمان على المالك (إن مال حائطه بعد أن بناه مستقيما إلى غير ملكه ، سواء كان مختصا كهواء جاره أو مشتركا كالطريق ، علم .. بميلان حائطه أولا ، فلم يهدمه حتى أتلف شيئا .. ولو أمكنه نقضه وطولب به ، لعدم تعديه بذلك ، لأنه بناه فى ملكه ولم يسقط بفعله فهو كما لو سقط من غير ميلان)[٣] . وهو رواية عن أحمد بن حنبل وأصح قولى الشافعى . وقضية هذا الاتجاه أن لصاحب البناء الحق فى إصلاحه أو تركه ينقض على من أقامه أو المارة أمامه

---

(١) الهداية : ١٩٦/٤ ، وانظر البحر الرائق : ٤٠٤/٨ .

(٢) تبصرة الحكام : ٣٤٧/٢ ، ومغنى المحتاج : ٨٦/٤ ، وحاشية الجمل : ٨٥/٥ ، وكشاف القناع : ١٢٤/٤ .

(٣) كشاف القناع : ١٢٤/٤ .

أو جيرانه ، دون أن يملك أحد سلطة استدراج هذا المالك إلى إصلاح بنائه .
ولم يعهد فى الشريعة ترك مصالح الكافة للأهواء الخاصة ، بل الثابت هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ولا سبيل إليه إلا بإيجاب الترميم والإصلاح ونقض الحائط المائل إن لم يكن إصلاحه ممكنا ، وإذا وجب الترميم والتعهد بالإصلاح على المالك ثبت الضمان بمخالفة هذا الواجب كما هو معهود من مسلك الشارع .

(ب) يضمن مالك البناء مطلقا ، وهو مذهب أحمد فى رواية أخرى ، وأبى إسحاق من الشافعية . وإنما وجب الضمان مطلقا لأن الحائط لما مال إلى الطريق فقد وجبت إزالته ، ويصير الواجب على صاحبه أن يزيله ، فإذا لم يفعل كان متعديا فيضمن ما ترتب على هذا التعدى من ضرر . ولا يشترط على هذا الرأى تقدم أحد إلى المالك للمطالبة بالهدم ، لأن الضمان بالتعدى والتقصير ولا يتوقف ذلك على التقدم والمطالبة . ولو كان التقدم أو المطالبة هو الذى يوجب الضمان لأوجبته فيما لو حدث سقوط المبنى بأمر لا يمكن التحرز عنه[1] .
وقد أخذ الأحناف بهذا الرأى خلافا لمحمد فيما يتعلق بإتلاف النفوس[2] .

(جـ) إذا سقط المبنى وكان الحائط مائلا فأضر ذلك بأحد لم يجب الضمان إلا إذا سبق تقدم أحد للمالك يخبره بهذا الميلان ، ويشهد على هذا التقدم حتى لا ينكره المالك عند التقاضى . وهو رأى جمهور الفقهاء . وعبارة محمد فى حكاية مذهب الأحناف : (وإذا مال حائط رجل أو وهي فى الطريق الأعظم فقتل إنسانا فلا ضمان عليه فيه ، من قبل أنه قد بناه فى ملكه ولم يحدث فى الطريق شيئا . وما حدث من وهنه وسقوطه شيء من غير عمله . فإن كان أهل الطريق أو غيرهم تقدموا إليه فى ذلك أو سألوه أن ينقضه فأخر ذلك حتى سقط فقتل إنسانا فهو ضامن لديته على عاقلته)[3] وفى مجمع الضمانات : (رجل مال حائط داره إلى الطريق أو إلى ملك إنسان فسقط وأتلف إنسانا أو مالاً ، إن سقط قبل

---

(١) السابق ، والمهذب : ١٩٣/٢ .
(٢) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ وعلته فيما يذكر ابن نجيم منع الإجحاف .
(٣) الأصل : ٥٦٧/٤ .

المطالبة والإشهاد لا ضمان عليه . وإن طولب بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما أتلف من نفس أو مال . وشرط وجوب الضمان المطالبة بالإصلاح والتفريغ . ولا يشترط الإشهاد ، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره) [1] . وفى مذهب المالكية رأيان فى اشتراط التقدم ، أولهما : أن مالك البناء إن لم ينذر لم يضمن ، وفى رأى أشهب أن تعيب البناء إن بلغ حالة واضحة من الضعف ، بحيث لم يكن (يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه) [2] . وعلى الرغم من اشتراط الإنذار والإشهاد على الإنذار فيما يذكره الدردير فإنه يشير إلى وجوب الضمان دون إنذار ولا إشهاد إذا اعترف المالك بالميلان وبالتفريط [3] . ويدل هذا التردد على ضعف مستند اشتراط التقدم والإشهاد .

٤٧٢ – التقدم واشتراطه فى الضمان : التقدم طبقا لما عرفته به المادة ٨٨٩ من مجلة الأحكام العدلية هو (التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وقوعه وإزالته قبل وقوعه) . وحق التقدم إنما هو للمتضرر ، فلو مالت الحائط إلى ملك رجل فالمطالبة له ، وإن كان فى هذا الملك سكان مستأجرون فهى من حقهم . أما إذا كان الميلان إلى الطريق العام فيجوز لكل أحد يجوز له الانتفاع بالطريق أن يتقدم إلى مالك الحائط المائل بنقضه وإصلاحه .

ولا تخفى أهمية التقدم فى دفع الضرر قبل وقوعه . ويكشف عن هذه الأهمية درجه فى القانون المدنى المصرى الجديد ، ١٩٤٩ ، خلافا لما كان عليه الحال فى القانون القديم ؛ ففى المادة ٢/١٧٧ من القانون المدنى الجديد أنه (يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه) . ويشير الدكتور عبد الرزاق السنهورى

---

(١) مجمع الضمانات : ص ١٨٢ .
(٢) تبصرة الحكام : ٣٤٧/٢ .
(٣) حاشية الدسوق : ٣٥٦/٤ .

إلى اختلاف النص الوارد فى مسئولية حارس البناء فى القانون المصرى عن نظيره الفرنسى فى إعطاء حق المطالبة بدفع الضرر قبل وقوعه لمن يحتمل تأثره به إذا وقع[1] . ولا يخفى أن الفقه الإسلامى هو مصدر القانونى المدنى المصرى فى استمداد حق التقدم على هذا النحو ، مما يدل على الأهمية العملية لهذا الحق فى اتخاذ الإجراءات الواقية من الضرر قبل وقوعه .

٤٧٣ – أما اشتراط سبق التقدم لجبر الضرر بعد وقوعه عند من اشترطه فلا تشهد له الأصول ، بل تعارضه ، لأن السبب فى الضمان هو التعدى أو الإهمال والتقصير ، ولو ثبت التقصير لم تنفه المطالبة كما أنها لا تثبته إذا انتفى . ولم يعهد اشتراطه فى أنواع الضمانات . وقد صرح بعض من اشترطوا التقدم بأن مبناه على الاستحسان ؛ ففى البحر الرائق أنه إذا مال حائط (إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمى ولم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه ، وهذا استحسان . والقياس ألا يضمن ، وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى ، لأنه لم يوجد منه فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب ، والضمان باعتبار ذلك فصار كما إذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه . ووجه الاستحسان ما روى عن على وعن شريح والنخعى وغيرهم من أئمة التابعين ما قلناه . ولأن الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ، ورفعه فى قدرته ، فإذا طولب برفعه لزمه ذلك ، فإذا امتنع مع التمكن صار متعديا فيلزمه موجبه ، ولأن الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام)[2] . ومقتضى بناء الضمان على الاستحسان اعتبار صاحب الحائط متعديا لا لشغله هواء ملك الغير وفراغه ، وإنما لامتناعه عن إفراغه بعد التقدم إليه ومطالبته به . ويخالف هذا المنطق مفهوم التعدى الذى يتعلق بفعل المحرم أو ترك الواجب ، فهو الذى يستحق به المتعدى وصف العدوان ، ولا يتوقف على فعل الغير من تقدم . ويبدو لى لهذا أن ما قاله ابن نجيم ليس هو وجه الاستحسان الذى أقام عليه فقهاء الأحناف اشتراط التقدم لإيجاب الضمان على حارس البناء .

---

(١) الوسيط : ١٠٦٩/١ .

(٢) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .

ووجه هذا الاستحسان فيما يبدو لى أن هؤلاء الفقهاء قد اعتقدوا أن انهيار البناء إذا كان مستقيما فى أصله لا يرجع إلى فعل حارسه أو مالكه وإنما يرجع إلى العوامل الطبيعية من رياح وأمطار ومرور أزمان ، فكيف يعتبرونه مسئولا عما لا يعد من فعله ؟ لكنهم بعد نفيهم مسئوليته عما ليس من فعله وجدوا بعض حالات الإهمال الواضحة التى يرى فيها الملاك مبانيهم وحوائطهم يشتد ميلانها ولا يتدخلون لإصلاحها فأثبت هؤلاء الفقهاء حق التقدم لمن يحتمل تضرره بسقوط هذه المبانى المعيبة ، وأوجبوا ضمان ما يتسبب فيه تهدمها من ضرر إذا رفض مالكوها الإصلاح بعدالتقدم إليهم . وأساس هذا الاستحسان هو المصلحة ، أو تقديم مصلحة العامة على الخاصة ، ولا يخفى اعتباره شرعا . ومع ذلك فإن هذا المعنى الذى يسوغ هذا الاستحسان أو العدول عن الأصل يوجب الضمان دون اشتراط التقدم أو الإشهاد . ولعل هذا هو ما استند إليه القائلون بوجوب الضمان مطلقا .

٤٧٤ – والحاصل أن الرأى القاضى بوجوب الضمان دون اشتراط التقدم أو الإشهاد هو الأقوى دليلا والأوفق لقواعد الضمان الشرعية . ويتضح هذا من وجهين :

الأول : السبب فى الضمان هو التعدى ، وذلك بترك واجب أو ارتكاب محرم . وإنما تحمل الأضرار الناشئة عن المخالفة على المتعدى ، طبقا لما هو مقرر فى الشريعة من مبدأ مسئولية الإنسان عن فعله .

الثانى : القاعدة الفقهية أن من ترك واجبا فى الصون ضمن ويجب إلقاء الضمان على مالك البناء أو حارسه إذا تهدم بتقصيره فى صونه والعناية به . وإنما تجب عمارة الملك وصيانته أو تعهده بالإنفاق عليه إذا كان ذا نفس حية كالحيوان والرقيق أو تعلق به حق الغير كالمستأجر ، فإن الآجر يجبر على عمارة المأجور وفعل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع بالمأجور . ويجب على المالك من باب أولى أن يتعهد بناءه منعا للإضرار بالغير ، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح . وإذا ثبت وجوب الصون على المالك كان تركه هذا الواجب مخالفة وتعديا يوجب الضمان عليه . ولا تستقيم نظرية الضمان الفقهية فى شتى جوانبها

إذا اعتبرنا تقصير المدعى غير موجب للضمان ، وألقينا الضرر على من لحق به دون المتسبب فيه بتعديه وظلمه . والقاعدة أن الظالم أحق بالحمل عليه . وهذا هو الرأى المعتمد فى هذه الدراسة ، خاصة وأن مخاطر المبانى فى ظروف الحياة الحديثة قد تضاعف مرات ومرات عما كان عليه من قبل نتيجة التطورات الحديثة فى التشييد والبناء ، فلزم القول بالضمان عند أدنى تقصير ، حماية للمصالح التى أرادها الشارع من فرض الضمان .

٤٧٥ – وعلى الرغم من المحاولة البادية فى القانون المدنى العراقى للتعلق بصياغة المجلة العدلية فقد اتجه إلى الأخذ بما يقرب من هذا القول الذى رجحته ؛ إذ جاء فى المادة ٢٣٥ أنه : ١ – (لو سقط بناء وأورث الغير ضررا فإن كان البناء مائلا للانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء و ينبغى أن يعلم بها وجب الضمان . ٢ – ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه) .

٤٧٦ – شروط تحقق المسئولية عن البناء : لا يشترط للمسئولية عن البناء طبقا لما رجحه أبو إسحاق من الشافعية وبعض فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلا ما يلى :

(أ) تهدم البناء تهدما جزئيا أو كليا . ويلتحق به أن يهدمه هو ويترك النقض فى الشارع العام فيهلك به أحد أو يتلف به مال فإنه يضمن لتعديه . ومن جنسه أن يترك السلالم دون صيانة مع إذنه لأحد بالدخول ، فيضمن الضرر الحادث للمأذون له بالدخول إذا كانت السلالم مهدمة على نحو ألحق به الضرر . وفى حاشية الجمل أنه لو حفر أحد بئرا (فى دهليزه وسقط فيها من دعاه جاهلا بها لنحو ظلمة أو عدم تغطية لها فهلك فإنه يضمن لتعديه)[1] .

(ب) أن يكون تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر وإلا لم يضمن . ولا

---

(١) حاشية الجمل : ٨٢/٥ .

يعد منه تضرر الجار على سبيل المثال بالتخوف من أيلولة المبنى للسقوط ، وعدم إقدام أحد على الانتفاع بعقاره ، وإن جاز له التقدم إلى المالك لترميم هذا المبنى منعا للإضرار به . وكذا لا يعد منه التضرر بنشوب الحريق فى المبنى فإن الشاغل للعين هو المسئول عن انتقال مثل هذا الضرر إلى الجار وليس الحارس .

(ج) ألا يرجع التهدم إلى أمر لا يستطيع حارس العقار التحرز عنه . ويستطيع الحارس نفى مسئوليته بإثبات أن سقوط المبنى لا يرجع إلى مخالفته واجب الصيانة والترميم والإصلاح أو أنه كان لا يمكنه تجنب العوامل التى أدت إلى تهدمه . فإذا ثبت أن سقوط البناء راجع إلى زلزال أو إلقاء متفجرات لم يضمن المالك الضرر . أما لو غاب غيبة بعيدة ، واحتاج المبنى إلى الإصلاح فى غيبته وتهدم فيجب ضمانه ، لأن الغيبة فيما يظهر لا تنفى واجب النفقة على الملك أو عدم الإضرار بالغير . وقد أوجب الفقهاء الضمان فيما لو نصب شركا للصيد ثم مات ، وتعثر به أحد بعد موته على نحو أضر به . وَيُستأدى الضمان من تركته[1] .

٤٧٧ – المسئول عن البناء : ترجع المسئولية عن البناء حفظا وصيانة وضمانا إلى مالكه ، لأن إليه خراجه . وليس لغيره من مستعير ومستأجر ومرتهن حق التصرف فيه بنقض أو هدم شىء إلا بإذنه ولا ولاية لهم عليه فلا يتحملون الضمان . وقد نص الفقهاء على أن التقدم للمستأجر أو المرتهن لا يوجب شيئا . يقول محمد بن الحسن : (إذا كانت الدار رهنا فتقدم إلى المرتهن فى حائط مائل منها فلا ضمان على المرتهن لأنه لا يملك نقض ذلك الحائط .. وإذا تقدم إلى السكان فى نقض الحائط فلا ضمان على واحد منهم .. من قبل أنهم لا يملكون أن ينقضوا ذلك الحائط ..)[2] ويشترط الذين يشترطون التقدم لإيجاب الضمان (أن يكون طلب التفريغ إلى من له ولاية النقض كالمالك والأب والجد والوصى

---

(١) أشار ابن نجيم إلى هذا الشرط بقوله : (ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لئلا يؤدى إلى الإجحاف . وقال محمد لا تتحمل العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم فى النقض وعلى أنه مات بالسقوط عليه وعلى أن الدار لفلان)البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .

(٢) الأصل أو المبسوط لمحمد : ٥٦٨/٤ .

فى ملك الصغير .. وإلى الراهن فى الدار المرهونة لأنه القادر على الهدم)[1] .

ولا تنتفى مسئولية المالك عن ملكه بمجرد بيعه ، وتستمر إلى حين انتهاء سيطرته الفعلية على مبناه بتسليمه إلى المشترى . وهذا واضح مما ذكره ابن نجيم فى اشتراط (دوام القدرة إلى وقت السقوط ، حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشهاد برىء من الضمان لعدم قدرته على النقض)[2] . والواجب أن يقع الضمان على الغاصب إذا سقط البناء أثناء حيازته له ، إذا امتنع على المالك صونه وإصلاحه ، لأنه حال بين المالك وملكه فيضمن . وللمتضرر مع ذلك أن يطالب المالك بالضمان وإن استقر على الغاصب بطلب المالك تضمينه .

٤٧٧ - الضمان بنصب الجناح والميزاب : إذا أخرج صاحب الدار جناحا أو ميزابا أو شرفة إلى ملك جاره أو إلى الطريق العام فأصاب أجنبيا بوجوده أو بسقوطه أو تسبب فى إتلاف شىء كان متعديا ويضمن عند الأحناف ؛ ففى مجمع الضمانات أن من (وضع فى الطريق حجرا أو جذعا أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفا أو جناحا أو ميزابا أو ظلة فعطب به إنسان كان ضامنا . فإن عثر بما أحدثه فى الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذى أحدثه فى الطريق ، وصار كأنه دفع الذى عثر به لأنه مدفوع فى هذه الحالة والمدفوع كالآلة)[3] .

ويضمن عند الشافعية (ماتلف بجناح أو ميزاب خارج إلى شارع ، لأن الارتفاق بالطريق والشارع مشروط بسلامة العاقبة .. ويحل إخراج الميازيب العالية التى لا تضر المارة إلى شارع وإن لم يأذن الإمام لعموم الحاجة إليه . والتالف بها مضمون فى الجديد . وكذا بماء تقطر منها لما مر فى الجناح . وكما لو وضع طينا بالطريق ليطين به سطحه مثلا وقد خالف العادة فإنه يضمن من يزلق به . والقديم لا ضمان فيه لضرورة تصريف المياه)[4] . ولا فرق فى وجوب الضمان

(١، ٢) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .
(٣) مجمع الضمانات : ص ١٧٦ .
(٤) حاشية الجمل : ٨٤/٥ .

على الجديد من مذهب الشافعي بين إخراج من يرى البعض جواز إخراجه إلى الطريق كالميازيب لعموم الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وبين إخراج مالا يحل إخراجه ، كالجناح والشرفة . ويجب الضمان بمجرد هذا الإخراج ، (سواء كان يضر أم لا ، أذن فيه الإمام أم لا ، لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة ، ولو تناهى فى الاحتياط فجرت حادثة لا تتوقع أو صاعقة سقط بها)[1] . أما القديم من مذهب الشافعي فيجب الضمان بإخراج ما لا يجوز إخراجه إلى الشارع أو ملك الغير كجناح وشرفة وبروز خلافا لما لا يجوز إخراجه كميزاب عال لا يضر بالمارة ، إلا إن أهمل فى وضعه .

ويتفق الحنابلة مع الجديد من مذهب الشافعي فى وجوب الضمان مطلقا بنصب ما يخرج من البنايات ؛ ففى كشاف القناع أنه (إن أخرج إنسان جناحا ، وهو الروشن ؛ أو ميزابا ونحوه كساباط وحجر برز به فى البنيان إلى طريق نافذ مطلقا ، إلا بإذن الإمام أو نائبه فى جناح أو ساباط أو ميزاب بلا ضرر ، أو أخرج ما ذكر فى درب غير نافذ بغير إذن أهله فسقط على شيء فأتلفه ضمن)[2] .

أما المالكية فيرون أن اتخاذ الميزاب والظلة أمر جائز شرعا للضرورة ، فإن سقط أى منهما (على شيء فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربه أصلا مطلقا ، بل هدر)[3] . ويقيد بعض المالكية عدم الضمان فى هذه المسألة بفوات الشروط المعتبرة فى ضمان الحائط المائل ، وهى الإنذار والإشهاد والاستقامة فى الوضع الأول[4] والأرجح وجوب الضمان بنصب ما يخرج إلى الشارع أو مالك الغير وإن أذن له فيه لأن الإذن مقيد بالسلامة .

٤٧٨ – مفهوم الخطأ فى ضمان المباني : نص ابن نجيم على اشتراط محمد بن الحسن عدة شروط لضمان الضرر الناشيء عن التهدم ، منها إثبات علاقة السببية بين الضرر وبين سقوط البناء أو تهدمه وإثبات أن البناء للمدعى عليه[5] .

---

(١) مغنى المحتاج : ٨٥/٤ .

(٢) كشاف القناع : ١٢٤/٤ ، وانظر المغنى : ٨٣١/٧ .

(٣) حاشية الدسوقى : ٣٥٦/٤ .

(٤) الخرشى : ١١١/٨ وما بعدها .

(٥) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .

وإذ ترجح عدم اشتراط التقدم طبقا لمذهب بعض الفقهاء فإن خطأ المالك الذى يوجب الضمان خطأ مفترض لا ينتفى إلا بإثبات التحوط والعناية ، إلا فى خارجات البنيان وبروزه إلى ملك الغير أو الشارع ، حسبما أخذ به الشافعية . ومعناه أن تهدم البناء يدل على خطأ المالك فى صيانته والعناية به . ومع ذلك فإن إثبات المالك أن التهدم لا يرجع إلى خطئه وإنما يرجع إلى سبب لا يمكن تحرزه ، كزلزال أو حرب ، مما يدفع عنه الضمان وينفيه ، لأن القاعدة العامة أن مالا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه . لكن افتراض خطأ المالك فى خارجات البنيان ، كالميازيب والأجنحة ، طبقا لمذهب الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف خطأ لا يمكن نفيه ، لما فيه بذاته من التعدى بشغل مالك الغير ، حتى لو أثبت المالك تحوطه الكامل فى العناية بخارجات بنائه ، وأن تهدمه كان بحدوث أمر غير متوقع أو صاعقة لم يفلت من الضمان ، حسبما سبق من نص كلام صاحب مغنى المحتاج .

٤٧٩ – فى القانون الانجليزى : تناقش مسئولية المالك عن بنائه تجاه المارين من حوله فى القانون الانجليزى فى موضوع الإيذاء Nuisance . أما مسئوليته تجاه الداخلين إلى ملكه بإذنه فقد ضبطها قانون صدر عام ١٩٥٧ بعنوان The Occupier's Liability Act . وقد حظى الحائز للبناء بقدر من الحرية فى التعامل مع ملكه فى ظل سيادة فلسفة الحرية الاقتصادية فى القرن الماضى ، واتجه النظر إلى العناية الواجبة عليه تجاه الداخلين إلى ملكه على أساس علاقتهم به بدلا من النظر إلى طبيعة الأخطار المترتبة على الدخول ، فأوجب القانون العرفى أقصى درجات الرعاية لمن يدخلون إلى ملك الغير بعقد ، بحكم ما يتضمنه العقد من ضمان لسلامتهم ، كنزلاء الفنادق . ويليهم فى درجة العناية الواجبة المأذون لهم بالدخول لمنافع مشتركة كالعملاء الذين يدخلون محلاً للشراء أو غيره . أما المأذون لهم بالدخول لتناول الشاى أو لقضاء بعض الوقت فقد كان لهم من الرعاية أقل مما وجب لغيرهم . وقد أدرج قانون ١٩٥٧ هذه الأصناف فى فريقين ، أولهما المأذون لهم بالدخول Lawful visitors ، وغير المأذون لهم Unlawfwl viusitors .

(١) Tort Law, Dias and Markesinis, P. 127 .

وإذ يفضل هذا القانون مصطلح الحائز Occupier للتعبير عن المسئول عن البناء ، خلافا للقانون الفرنسى الذى عبر عن هذا المسئول بالحارس Keeper فإنهما يتشابهان فى تحديده وفى أن المقصود به هو الشخص الذى ينعم بالسيطرة Control على المبنى وحق التدخل لإصلاحه وصيانته . ويعرفه سلموند Salmond بأنه هو الشخص الذى يملك السلطة والإشراف المباشرين على البناء والإذن لأحد بالدخول ومنع غيره . وبعبارة أخرى فإنه هو الذى يجوز له أن يقول لشخص : (تفضل بالدخول) . ولهذا فإن المالك والمستأجر والنزيل حائزون للعقار ، و يقع عليهم واجب الرعاية للمأذون بدرجات مختلفة . وقد استندت المحكمة إلى تعريف الحائز على هذا النحو للحكم بعدم الضمان عام ١٩٦٦ فى قضية Wheat v. Lacon & Co. Ltd ، حيث كان للمدعى عليه فندق عهد به إلى أجير يديره على نحو يقدم فيه المشروبات للعملاء فى الدور الأرضى من هذا الفندق ، مع تخصيص الدور العلوى لسكن هذا الأجير وزوجته والنزلاء الذين يدفعون أجرة إقامتهم . وقد أصيب أحد هؤلاء النزلاء أثناء ارتقائه الدرج الموصل إلى الدور العلوى ، لعيب فى حاجزه . ولما رفعت أرملته الأمر إلى القضاء رئى أنه كان على مدير الفندق وزوجته أن يتأكدا من سلامة حاجز الدرج الذى كان ينتهى قبل آخر درجة ، ومن إضاءة هذا الدرج . غير أن أحد لم يستشعر خطورة تعيب الحاجز قبل وقوع هذا الحادث ، كما أن أحد الأشخاص قد سرق المصباح الكهربائى الذى يضىء الدرج بعد مرور مدير الفندق وقبل الحادث ، مما أدى إلى إظلام الدرج وتعثر زوج المدعية وسقوطه . وأسندت المحكمة الخطأ القاتل إلى هذا الفعل ، ونفت الضمان عن هذا المدير وزوجه حتى لا يتحملا مسئولية فعل الغير[1] .

ولا يضمن حائز البناء فى القانون الانجليزى ضرر الداخل إلى ملكه بدون إذنه ، ففى قضية Great Central Railway Co. v. Bates قضت المحكمة عام ١٩٢١ بنفى ضمان (صاحب مخزن) الضرر الناشىء لشرطى دخل هذا المخزن

---

(١) السابق : ص ١٢٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣٧ وانظر Tort Cases and Materials, Hepple and other P. 230 .

دون إذن صاحبه بقصد وضع دراجة وجدها خارجه فى مكان أكثر أمنا ، فوقع فى حفرة كانت فى هذا المخزن . وإنما لم يجب الضمان لأن صاحب هذا المخزن لم يأذن للشرطى بالدخول ، فلا يتجه عليه واجب رعايته[1] .

أما الخارج من البنيان فيجب ضمان مثبته ولو بذل جهده فى صيانته ؛ ففى قضية Tarry v. Ashton قضت المحكمة عام ١٨٧٦ م بتعويض المدعى عما أصابه من ضرر بوقوع مصباح مثبت فى ملك المدعى عليه مع بروزه إلى الشارع . ورغم أن المدعى عليه قد أرسل أحد الفنيين لإصلاح العيب الذى أدى إلى سقوط هذا المصباح فإن ذلك لم ينف عنه الضمان . وفى قضية أخرى مشابهة هى قضية Wring v. Vohen رأت المحكمة عام ١٩٤٠ الحكم بالضمان رغم أن المصباح المثبت كان فى ملك المدعى عليه . وقد ذهبت المحكمة إلى أنه لا فرق بين إطلال المصباح على ملك المدعى أو الشارع ما دام أن سقوطه إلى الشارع هو الذى أحدث الضرر ، شريطة العلم أو وجوب العلم باحتمال التضرر به .

---

(١) Tort Law, P. 131 .

ثانيا : المسئولية عن سقوط الأشياء من المبانى وعن الآلات والأدوات

٤٨٠ – ضمان ما يلقى أو يسقط من المبانى : نصت المادة ٢٣١ من القانون المدنى العراق على أن (كل من يقيم فى مسكن يكون مسئولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) . وتفيد هذه المادة ما يأتى :

(أ) المسئول عن الإلقاء أو السقوط ، بلا فرق ، هو الحائز للبناء ، سواء كان مالكا أم مستأجرا أو مرتهنا أو غاصبا .

(ب) طبيعة العمل الموجب للضمان هو إلقاء الأشياء أو سقوطها من البناء .

(ج) أساس الضمان هو افتراض خطأ الحائز افتراضا قابلا لنفيه بإثبات اتخاذ (الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) ، حسبما جاء فى المادة المذكورة .

٤٨١ – وقد نص الفقهاء على وجوب الضمان بإلقاء الأشياء الضارة بالغير مطلقا . وفيما يلى بعض هذه النصوص .

– لو صب فى الطريق (ماء فانجمد فزلق به إنسان أو ذاب ثم زلق ضمن)[1] .

– (ألقى قشرا فى الطريق فزلقت به دابة ضمن)[2] .

– (من مات له بهيمة فى الطريق كفرس عليه نقلها منها .. ولو ماتت فى داره لم يجز له طرحها فى الطريق .. ولم يذكر فى الروضة تحريم وضع القمامة فى الطريق ، وإنما ذكر الضمان به)[3] .

– لو وضع ما يزلق به أحد كماء أو قشر بطيخ فهلك به (إنسان أو غيره

---

(١) مجمع الضمانات : ١٦٤ .

(٢) السابق : ١٤٩ .

(٣) حاشية الجمل : ٥/٨٤ .

فالدية ... على العاقلة والقيمة فى غيره)[1] ، إلا أن يقصد شخصا بعينه ويتلف به المقصود فيقتص من الفاعل عند المالكية .

أما سقوط الأشياء الضارة من السقوف والمبانى وتصادف سقوطها على المارة فيجب الضمان إن أخطأ الحائز ، طبقا لقواعد المسئولية فى الشريعة ، إلا أن يثبت اتخاذ ما يلزم من التحوطات لمنع سقوطها . وإذا كان الظاهر إهماله فى حفظ الشىء الذى سقط فإن المتضرر لا يكلف إثبات خطأ المدعى عليه ، ويكلف المدعى عليه بنفى افتراض خطئه ، لأنه يدعى خلاف الظاهر . ولا يضمن إذا أثبت أنه لم يخطىء .

٤٨١ — المسئولية عن الآلات فى الفقه الإسلامى : التفتت النظم القانونية الحديثة إلى تنظيم هذه المسئولية بوجه خاص بعد التطور الصناعى الضخم الذى يعد من السمات المميزة لهذا العصر ، لتعدد أوجه تدخل الآلات فى الحياة الإنسانية في حقول الإنتاج والنقل والمواصلات ، ولكثرة الحوادث الناشئة عن هذا التدخل . ومع أن استعمال الآلة واعتماد الإنسان عليها قديم قدم الحياة البشرية فإن الدكتور وهبة الزحيلى يرى أن الفقهاء المسلمين لم يتعرضوا للمسئولية عن الأدوات الآلية ، (لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك فى عصرهم ، لا لعجزهم ، فلم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع ، ولم تحدث فى زمنهم إصابات للعمال ونحوهم)[2] . غير أن هناك عددًا من المسائل التى بحثها الفقهاء المسلمون على طريقتهم فى اختيار أشكال معينة للتعبير عن مضامين عامة ، مما يجب الالتفات إليه عند تقدير موقفهم من المسئولية عن الجمادات والأدوات الآلية . ومن أكثر هذه المسائل ورودا فى الكتب الفقهية والتى تدل على مذاهبهم فى هذا النوع من المسئولية ما يلى :

(أ) ضمان الملاح : الملاح أجير مشترك فيضمن عند أبى حنيفة إذا شرط عليه الضمان ،[3] كما يضمن عنده ما تولد من فعله . أما إذا لم يشترط عليه

---

(١) حاشية الدسوق : ٢٤٤/٤ .

(٢) نظرية الضمان : ص ٢٥٨ .

(٣) مجمع الضمانات : ص ٩٠ .

الضمان ونشأ الضرر بغير فعله فإنه لا يضمن عند أبي حنيفة وإن كان بوسع الأجير أو الملاح التحرز من الضرر . ويجب عليه الضمان فى مذهب أبى يوسف ومحمد مطلقا إذا شرط عليه الضمان ، وفى كل ما كان بوسعه التحرز عنه إذا لم يشترط عليه الضمان[1] . وهو مذهب المالكية . وعلى هذا لو غرقت السفينة من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها ، ولم يكن بوسع الملاح التحرز من ذلك م يضمن باتفاق أبى يوسف ومحمد ومالك ، ويضمن إذا حدث التلف بفعله وقيادته السفينة بالاتفاق أيضا[2] . ولو تصادمت سفينتان عجز ملاحوهما عن تفاديه.. فالقياس عدم وجوب الضمان ، لقاعدة نفى الضمان بعدم إمكان التحرز عن الضرر . وقد حكاه الدردير مذهبا للمالكية ، معقبا عليه بقوله : (لكن الراجح أن العجز الحقيقى فى المتصادمين كالخطأ فيه ضمان الدية فى النفس والقيم فى الأموال بخلاف السفينتين فهدر ، وحملا عند الجهل عليه لأن جريهما بالريح)[3] . ولو كان جريهما بآلة ذاتية كما هو الحال فى أكثر السفن الآن انتسب الفعل إلى الملاحين ووجب عليهما الضمان . وفى مجمع الضمانات أن (أرباب السفن إذا أوقفوها على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقفة فانكسرت

---

(١) للعلماء ثلاثة مذاهب فى حكم ضمان الأجير المشترك ، أولها : أنه لا يضمن إلا بشرط التعدى أو انقصير ، شأنه شأن الأجير الخاص ، بحكم كونه أمينا . ولا يظهر التعدى إلا بإثبات المدعى وإقامته البينة ، وهو مذهب الإمام الشافعى الذى كان يقول عنه الربيع : (الذى يذهب إليه الشافعى فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم . ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الصناع) . الأم : ٨٨/٧ . وهو قول أبى حنيفة وزفر ، الهداية ٢٤٤/٣ . والثانى وجوب الضمان على الأجير المشترك مطلقا ، تقديما للمصلحة العامة على الخاصة . وكأن أساس الضمان على هذا المذهب هو تحمل التبعة فى الاصطلاح القانونى الحادث أو المصلحة . ويشهد لهذا الأساس فى الفقه قاعدة الغرم بالغنم والغنم بالغرم . وهو مذهب شريح وابن أبى ليلى ، ففى الأم : (وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح ، فضمن قصارا احترق بيته ، فقال : تضمننى وقد احترق بيتى ؟ فقال شريح : أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرتك) . الأم : ٨٧/٧ . والثالث : الحكم بضمان الأجير المشترك ما تلف منه إلا ما كان بسبب لا يمكن التحرز عنه . وهو مذهب الصاحبين والإمام مالك ، كما أنه هو مذهب كثير من الصحابة . وكان على رضى الله عنه يحكم به ويقول : لا يصلح الناس إلا ذلك . المنتقى ، شرح الموطأ : ٧١/٦ ، والهداية ٢٤٤/٣ ، ومجمع الضمانات : ص ٢٧ ، ومعين الحكام ص ٢٠٠ ، وتبصرة الحكام : ٣٣٠/٢ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٤٨ .

(٣) حاشية الدسوقى : ٢٤٨/٤ .

السفينة الواقفة كان ضمان الواقفة على صاحب السفينة الجائية . فإن انكسرت الجائية لا يضمن صاحب الواقفة ، لأن الإمام أذن لأرباب السفن بإيقاف السفن على الشط فلا يكون تعديا)[1] .

ويخرج على مثل هذه الأحكام الأضرار الناشئة عن الآلات الذاتية الحركة كالسيارات والشاحنات ؛ فمن أوقف سيارته فى الطريق العام فى غير المكان المُعَدّ للوقوف فاصطدمت بها أخرى وجب الضمان على الواقفة إن لم ينسب فعل قائد المتحركة إلى الإهمال ، وإلا تقاسما الضمان بنسبة الخطأ . ولو أوقفها ناسيا رفع آلة التثبيت (الفرامل) فتدحرجت السيارة وصدمت أحدًا فإن الخطأ ينسب إليه . ولو ترك الباب مفتوحا ومفاتيح السيارة فى مكان التشغيل فجاء صبى وأعمل محركها فانطلقت وأصابت شيئا ففى ضمانه أو ضمان الصبى تردد مبناه إضافة الضرر إلى خطأ الصبى أو مالك السيارة الذى كان عليه أن يحكم إغلاقها .

(ب) حفظ السهام والأدوات المماثلة : روى عن أبى موسى الأشعرى أن رسول الله ﷺ قال : « من مر فى شىء من مساجدنا أو أسواقنا ، ومعه نبل فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه أن يصيب أحدًا من المسلمين منها شىء)[2] . وإنما تلك الزيادة فى التحوط لزيادة الضرر المتوقع حدوثه عند الإهمال . ومن تطبيقاته أنه (لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلف عضو إنسان يضمن)[3] . ويضمن الصبيان لو كانوا يلعبون بالسهام فأصاب أحدهم عين امرأة كانت تمر فى الطريق[4] . وقد نصوا كذلك على أنه لو وضع سكينا فى يد صبى فعثر بها ووقع عليها يضمن[5] . ومن جنسه ما لو وقع سرج الدابة فى الطريق على أحد أن حارسها يضمن[6] . ولو أخرج الحداد (الحديدة من الكير ، وذلك فى حانوته ، فوضعها على العلاة ، وضربها بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرقت رجلا أو فقأت عين فديته على عاقلته . ولو أحرقت ثوب إنسان

---

(1) مجمع الضمانات : ص ١٥٠ .
(2)
(3) مجمع الضمانات : ص ١٧٠ .
(4) مجمع الضمانات : ص ١٧٣ .
(5) السابق : ص ١٧٢ .
(6) البحر الرائق : ٤١١/٨ .

فثمنه فى ماله . ولو لم يضربها بالمطرقة ولكن الريح أخرجت شررها فأصاب ما أصاب فهو هدر)[1] . وقال أبو حنيفة (إذا مشى فى الطريق وهو لابس سيفا أو طيلسانا فسقط منه على إنسان فتلف به أو وقع فى الطريق فعثر به إنسان فلا ضمان . ولو كان حاملا له فحدث شيء من ذلك فهو ضامن . وقال محمد إذا لبس ما لا يلبسه الناس فهو ضامن بمنزلة الحامل) . ولو وضع كناسة فى الطريق فتلف به إنسان ضمن)[2] . والاختلاف فى اللبس والحمل كما جاء فى بدائع الصنائع أن (فى اللبس ضرورة ، إذ الناس يحتاجون إلى لبس هذه الأشياء . والتحرز عن السقوط ليس فى وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين . ولا ضرورة فى الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن)[3] .

(ج) التعدى بوضع المتسبب فى الضرر : قياس مذهب أبى حنيفة فى إطلاق حرية المالك فى ملكه أن من وضع خشبة أو جرة على سطح داره ، ولو فى موضع متطرف لا يؤمن سقوطها منه ، لا يضمن ما يتلف بسقوطها إلى ملك الغير أو إلى الشارع العام . لكن مذهب الحنابلة أن من وضع جرة أو خشبة على جداره أو فى مكان متطرف من شرفته فسقطت وأتلفت شيئا أنه يضمن ، لأنه هو الذى تسبب فى سقوطها بوضعها على هذا النحو ، فصار كما لو بنى جدارا مائلا من أول الأمر[4] .

٤٨٢ – والمدار فى وجوب الضمان فى هذه الأمثلة على التعدى ، فمن يلبس سيفه فى حمالته على النحو المألوف فى أيامهم لا يكون متعديا ، ولو سقط منه لا يكون متعديا ، لعدم إمكان التحرز ، خلافا لمن يتخذ مسدسه على هذا النحو فى أيامنا فإنه يعد متعديا بسقوطه لإمكان التحرز . وكذا الحداد يضرب الحديدة المحمية بمدقته فتطير شرارتها ، وتضر بأحد . وكذا انفلات الفأس والسهم والنبل والقذيفة من المسدس يعد كله من التعدى ، لإمكان التحرز .

---

(١) معين الحكام : ص ٢٠٦ .
(٢) السابق : ص ٢١١ .
(٣) بدائع الصنائع : ٢٧١/٧ .
(٤) المغنى : ٨٣٠/٧ .

ويتضح التعدى فى هذه الأمثلة بالرجوع إلى التفريق بين المباشر والمتسبب ، والظاهر من الفعل الضار بالمباشرة هو التعدى ، فلا يكلف المتضرر بإثباته لكونه هو الظاهر . توضيحه أنه لو وقع شخص على آخر فأضره لم يكلف المضرور بإثبات أنه غير مدفوع فى هذا السقوط ، ولو ادعاه المدعى عليه وجب عليه هو نفى الضمان عن نفسه . والقاعده التى جاءت فى المادة ٧٧ من المجلة العدلية أن (البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل) . وينسب الاستضرار بالآلات إلى المباشرة غالبا ، لأنها لا تتصرف بنفسها ولا اختيار لها فيضاف ما ينشأ عنها إلى المستبد بها . أما ما يعد من التسبب فيجب إثبات التعدى أو الخطأ لوجوب الضمان . فالتعدى مفترض فى المباشرة وواجب الإثبات فى التسبب .

٤٨٣ – سبب وجوب الضمان فيما ينشأ عن الآلات : تقوم المسئولية عن الأدوات والآلات عند الفقهاء المسلمين فى تصور الدكتور وهبة الزحيلى على الأساس الذى تقوم عليه المسئولية فى الفقه بوجه عام ، وهو التعدى أو الخطأ . يقول عن هذه المسئولية : (أرى أن المحكم فى شأنها فقها هو القواعد العامة فى الضمان ، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد ، كما يسأل المتسبب فى إحداث الضرر إذا كان متعديا بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز فى الإضرار أو الإهمال)[1] .

أما مشروع القانون المدنى المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية فقد تضمنت مادته رقم ١٧٩ الأخذ بأساس آخر لإقامة هذه المسئولية غير أساس التعدى أو الخطأ مفترضا أو ثابتا . ونص هذه المادة : (كل من تولى حراسة شيء يكون مسئولا عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير ، سواء أكان هذا الشيء حيوانا أم جمادا ، وسواء أكان عقارا أم منقولا) . وفى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة هجوم على الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن الآلات والأشياء فى القانون المدنى المعمول به فى مصر حاليا[2] . وما جاء بهذا الخصوص فى هذه المذكرة أن القاعدة

---

(١) نظرية الضمان : ص ٢٥٨ .
(٢) المواد : ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ .

التى تقررها المادة المقترحة (قاعدة موضوعية .. وليست قاعدة إثبات . ومن ثم فهى لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس . وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس قول ليس له معنى قانونى . فهو ليس إلا تعبيرا غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك فى صحتها . إذ الدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس . فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقية) . ويردد هذا النقد القائلون بوجوب بناء هذا النوع من المسئولية على أساس نظرية تحمل التبعة .

أما الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية حسبما جاء فى هذه المذكرة فهو مبدأ التضامن الاجتماعى ، (فهى مسئولية أساسها الضرر وليس الخطأ . وبذلك توفر حماية للمضرور أكثر من تلك التى توفرها النصوص المقابلة فى التقنين العراقى والتقنين الأردنى .. وقيام هذه المسئولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعى ، باعتبار أن أساسها الضرر وليس الخطأ ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التى تدعو إلى التكافل الاجتماعى) ، وهى قاعدة الغرم بالغنم والغنم بالغرم .

٤٨٤ – ولا اعتراض لى على ابتناء ضمان الأضرار الناشئة عن الآلات من سيارات وطائرات ومصاعد على المصلحة وحفظ النفوس والأموال فى اجتهاد جديد لا ينسب إلى الفقهاء . وقد أسس شريح وابن أبى ليلى ضمان الصناع على المصلحة وعلى قاعدة الغرم بالغنم ، مما قد يؤيد هذا الاجتهاد الجديد ، لكن ما أود أن أذكر به أن أساس المصلحة ليس بديلاً لأساس التعدى فى نظام الضمان الفقهى ، وإنما هو مكمل له ، حتى يؤدى هذا النظام وظيفته فى ضبط الأداء الاجتماعى عن طريق تحميل الظالم نتيجة ظلمه وإلقاء تكلفة تعديه على عاتقه . وإذا كان لهذا الاعتبار وجه فمن الواجب أن تنفصل تطبيقات نظام الضمان عن مقتضيات التكافل الاجتماعى ، حتى يمكن العمل على محاسبة المخطىء أولا بإلقاء الضمان عليه ، مع النظر فى وسائل رفع الضرر عن المصابين الذين لا يسعفهم نظام الضمان الفقهى . لقد سبق التنبيه إلى سمة ذات فائدة خاصة فى هذا النظام ، هى الفصل بين تحديد المسئول عن الفعل وبين الجهة التى تتولى جبر الضرر ؛ فالعاقلة هى التى تتولى أداء الواجب فى كثير من الإصابات وهى ليست مسئولة

عنها مطلقا ، بل المسئول هو المباشر أو المتسبب فى الإصابة . وأخلص من هذه الملاحظات العامة إلى ما يلى :

(أ) يجب العمل على تعيين المخطىء أو المعتدى الذى يرجع إليه السبب فى الأضرار الناشئة عن الآلات أو الأدوات الخطرة . وسيعد أدنى إهمال فى التحوط والعناية مثبتا للخطأ ، حيث أوجب الشارع زيادة الحذر والحيطة بزيادة احتمال الضرر ، طبقا لمادل عليه حديث أبى موسى الأشعرى .

(ب) يجب إلقاء التعويض على الجانى أو عاقلته طبقا للأسس الفقهية ، مع وضع نظام العاقلة وضعا يناسب ظروف الحياة الحديثة . وأحسب أن إلقاء هذا العبء على بيت المال فيه إضافة عبء غير قليل على ميزانية الدولة ، إلا إذا أنشىء صندوق خاص يتبع بيت المال ويشترك فيه الناس بدفع رسوم تتحدد وفقا للمستوى الاقتصادى الخاص بالمشترك وأعماله التى يقوم بها والتعويضات التى تسبب فى تحميلها على الصندوق .

(جـ) الإصابات التى لا يجرى تعويضها فى إطار نظام الضمان لوقوعها بخطأ من أصحابها ، أو لعدم معرفة المتسبب فيها ، كما فى أحوال اختفاء أصحاب السيارات المتسببة فى الحادث ، يجرى تعويض أصحابها على أساس آخر غير أساس التعدى أو الخطأ ، سواء بالرجوع إلى مبدأ التكافل الاجتماعى أو نظام التأمين التعاونى .

(د) يجوز لولى الأمر فيما يظهر لى إلقاء الضمان عما يعرض للعمال من إصابات أثناء عملهم ، بخطئهم هم أو بخطأ زملائهم أو عند عدم العلم بالسبب ، على أرباب الأعمال ، وذلك بحث العمال وأرباب العمل على اشتراط الضمان فى عقد العمل ، أو بإنشاء صندوق خاص لهذا الأمر تفرض نفقته على أصحاب المشروعات ، حسب أعداد العمال وخطورة العمل الذى يقومون به . ومستنده قاعدة تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة . وهذه القاعدة كما لا يخفى من الأصول الشرعية العامة المأخوذة من نصوص الشريعة بطريق القطع .

المراجع

(أ) باللغة العربية

– أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، تحقيق الأستاذ علي البيجاوي ، طبعة الحلبي ١٩٦٧ .

– الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ، سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ، دار الكتب العلمية بلبنان ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ – ١٩٨٥ .

– أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور طلبة وهبة خطاب ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي .

– الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، لزين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم ، تعليق عبد العزيز محمد الوكيل ، نشر مؤسسة الحلبي ١٣٨٧ م – ١٩٦٨ م .

– الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، طبعة دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ – ١٩٧٩ م .

– الأصل أو المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني ، نشر أبي الوفا الأفغاني في خمسة أجزاء ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي .

– إعلاء السنن للعلامة ظفر أحمد العثماني ، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي .

– أعلام الموقعين عن رب العالمين ، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة .

– الأم للإمام الشافعي ، طبعة الشعب المصورة .

– الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ت ٨٨٥ ، تصحيح محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية ١٤٠٠ – ١٩٨٠ م .

– أنوار البروق فى أنواء الفروق لشهاب الدين أبى العباس الصنهاجى المشهور بالقرافى ، طبعة دار المعرفة ، مصورة عن طبعة عيسى البابى الحلبى ١٩٤٦ ، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية للشيخ محمد على بن الشيخ حسين مفتى المالكية .
– البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، لابن نجيم ، طبعة دار المعرفة ببيروت .
– بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ، الطبعة الأولى ١٣٢٨ – ١٩١٠ .
– بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، نشر المكتبة العلمية بلاهور .
– بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير لأبى البركات أحمد الدردير ، طبعة مصطفى البابى الحلبى ، القاهرة .
– تبصرة الحكام فى أصول الأقضية والأحكام لابن فرحون ، برهان الدين إبراهيم بن على بن القاسم ، مطبوع على هامش فتح العلى المالك للشيخ عليش طبعة الحلبى ١٣٧٨ هـ .
– تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق للزيلعى ، طبعة بولاق ١٣١٥ ، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى .
– تحرير الوسيلة للخمينى الموسوى ، مؤسسة مطبوعات دار العلم بقم ،إيران ، بدون تاريخ .
– تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ، محمود بن أحمد ، تحقيق الدكتور أديب صالح مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م .
– التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى للمرحوم عبد القادر عودة ، بيروت ، مصورة عن الطبعة الأولى .
– تطبيق الشريعة الإسلامية فى السودان بين الحقيقة والإثارة للدكتور المكاشفى طه الكباشى الزهراء للإعلام العربى ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٦ م .
– تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور سامى حمود ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربى للطباعة ، ١٣٩٦ – ١٩٧٦ .

- التعسف فى استعمال الحق : معياره وطبيعته فى الفقه والقضاء وفقا لأحكام القانون المدنى المصرى ، للدكتور محمد شوقى السيد ، نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٧٩ .
- تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ، بدون تاريخ .
- التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر العسقلانى ، المكتبة الأثرية ، باكستان .
- تهذيب الأسماء واللغات للنووى ، دار الكتب العلمية ببيروت مصورة عن طبعة المطبعة المنيرية .
- التوضيح شرح التنقيح لعبيد الله بن مسعود ، ومعه التلويح لسعد الدين التفتازانى ، ومعه شرح الشرح ، طبعة نور محمد بكراتشى سنة ١٤٠٠ هـ .
- تيسير التحرير فى أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لأمير بادشاه ، محمد أمين ، ومؤلف كتاب التحرير هو ابن الهمام . طبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ١٣٥١ هـ .
- الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى للمرحوم محمد أبى زهرة ، طبع دار الفكر العربى ، بدون تاريخ .
- جامع الفصولين للإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضى سماوة ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ .
- الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ، أبى عبد الله بن أحمد الأنصارى ، دار الكاتب العربى للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ١٣٨٧ - ١٩٦٧ عن طبعة دار الكتب المصرية .
- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، طبع دار إحياء الكتب العربية لعيسى البابى الحلبى ، بدون تاريخ .
- حاشية الجمل على شرح المنهج ، للشيخ سليمان الجمل ، وشرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى ، دار إحياء التراث العربى ، بدون تاريخ .
- حاشية الخرشى ، على بن أحمد بن مكرم العدوى ، طبعة البابى الحلبى ، وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى المالكى على هامش حاشية الخرشى .

– الخراج لأبى يوسف ، يعقوب بن ابراهيم ، المطبعة السلفية بالقاهرة ، الطبعة الثالثة ١٣٨٢ هـ .
– رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، طبعة الحلبى ١٣٨٦ ، وطبعة استنبول .
– الروض المربع ، شرح زاد المستقنع للبهوتى ، منصور بن يونس ، مطبعة السنة المحمدية .
– زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن قيم الجوزية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة عشرة١٤٠٧ – ١٩٨٦ .
– السببية فى القانون الجنائى ، دراسة تحليلية مقارنة ، للدكتور رؤوف عبيد ، الطبعة الثالثة ١٩٧٤ ، دار الفكر العربى .
– شرائع الإسلام للحلى ، جعفر بن الحسن بن أبى بكر الهذلى ، مطبعة الآداب فى النجف الأشرف ١٣٨٩ ه – ١٩٦٩ م .
– شرح المجلة لسليم رستم باز ، الطبعة الثالثة ، تركيا ١٣٠٥ .
– الضمان فى الفقه الإسلامى للمرحوم الشيخ على الخفيف ، نشر معهد البحوث والدارسات العربيه .
– الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، مكتبة السنة المحمدية بالقاهرة ، ١٣٧٢ هـ .
– علاقة السببية فى المسئولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ .
– غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموى ، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشى بدون تاريخ .
– الفتاوى الغياثية للشيخ داود بن يوسف الخطيب الحنفى ، وبهامشه فتاوى ابن نجيم ، دار الطباعة المنيرية ببولاق ١٣٢٢ هـ .
– فتح القدير ، شرح الهداية لابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفى ت ٦٨١ مع تكملته نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لقاضى زادة ، مع الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمى ، ومعه أيضا شرح

العناية على الهداية للبابرتى ، أكمل الدين محمد بن محمود ، وحاشية سعدى جلبى .
– الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للزرقا ، مصطفى أحمد ، دار الفكر ببيروت ١٣٨٤ .
– الفقه الإسلامى المقارن للدكتور فتحى الدرينى ، نشر جامعة دمشق ، كلية الشريعة والقانون بدون تاريخ .
– الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى الفاسى ، طبعة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ١٣٩٧ – ١٩٧٧ .
– فلسفة العقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور فكرى أحمد عكاز ، عكاز للنشر والتوزيع ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢ م .
– القانون فى أمريكا ، برنارد شفارتز ، ترجمة ياقوت العشماوى ، نشر دار المعارف بمصر ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ .
– القواعد فى الفقه الإسلامية لأبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى ١٣٩١ – ١٩٧١ .
– القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقى ، الطبعة الأولى بباكستان ١٩٨٢ ، نشر إدارة ترجمان السنة بلاهور .
– القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام .
– القواعد الفقهية ، ميرزا حسن الموسوى البجنورى ، مطبعة الخيام ، قم ١٤٠٢ هـ .
– القوانين المدنية والجنائية لعدد من البلاد العربية .
– كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى ، نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض فى ستة مجلدات .
– لسان الحكام فى معرفة الأحكام لابن الشحنة ، أبى الوليد محمد بن أبى الفضل ، مصطفى البابى الحلبى ، الطبعة الثانية ١٣٩٣ – ١٩٧٣ ، وهو فى مجلد واحد مع معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، على بن خليل الطرابلسى الحنفى .
– المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مفلح ، نشر

المكتب الإسلامى للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ - ١٩٧٩ .
- المبسوط للسرخسى ، دار المعرفة ببيروت ، ومعه فهارسه بإعداد الشيخ خليل الميس .
- مجلة الأحكام العدلية .
- مجلة الأحكام الشرعية ، لأحمد بن عبد الله القارى ، نشر تهامة بالمملكة العربية السعودية ، ١٤٠١ - ١٩٨١ .
- مجمع الضمانات فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان ، لأبى محمد بن غانم البغدادى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٨ .
- المحلى لابن حزم ، الطبعة الأولى ١٣٥١ هـ .
- المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى الفقه والإسلامى المقارن للدكتور سيد أمين .
- المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد ، حسن عكوش ، طبعة دار الفكر الحديث ١٩٧٠ .
- المسئولية المدنية للأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر .
- المسئولية المدنية للطبيب فى الشريعة الإسلامية وفى القانون السورى والفرنسى والمصرى لعبد السلام التونجى ، سوريا ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٦ م .
- مرشد الحيران فى معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدرى باشا ، طبعة ١٣٠٤ .
- المسند لأحمد بن حنبل الشيبانى ، ببيروت المكتب الإسلامى ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ .
- المصنف لابن أبى شيبة ، أبى بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبة ، تصحيح مختار أحمد الندوى ونشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشى ١٤٠٦ - ١٩٨٦ .
- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ، نشر معهد الدراسات العربية .
- المعتمد فى أصول الفقه لأبى الحسين البصرى ، بتقديم الشيخ خليل الميس ، دار الكتب العلمية بلبنان ، الطبعة الأولى ١٣٩٨ - ١٩٧٨ .

- المغنى لابن قدامة ، موفق الدين أبى محمد عبد الله بن محمد بن قدامة ، ومعه الشرح الكبير لأبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر بن قدامة المقدسى ، طبعة دار الكتاب العربى ببيروت ١٤٠٣ - ١٩٨٣ .
- مغنى المحتاج للخطيب ، محمد بن أحمد الشربينى ، طبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧ .
- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامى ، مقارنة بين فقه القانون الفرنسى ومذهب الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه للشيخ سيد عبد الله على حسين . الطبعة الأولى ١٣٦٨ - ١٩٤٩ .
- المهذب فى فقه مذهب الإمام الشافعى للشيرازى ، عيسى البابى الحلبى بدون تاريخ .
- نظرية التعسف فى استعمال الحق للدكتور فتحى الدرينى ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ١٣٩٧ - ١٩٧٧ .
- نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية فى الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزحيلى ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى للرملى ، نشر المكتب الإسلامى ، ومعه حاشيتا الشبراملسى والمغربى الشامى .
- نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار للشوكانى ، طبعة دار الجيل ، بيروت ١٩٧٣ .

(ب) باللغة الانجليزية

- A History of English law; Holdsworth, Sweet and Maxwel 1977 .
- Foundations of the Law of Torts, Glanville Williams B. A. Hepple, Butterworths, 2nd edition .
- Jurisprudence by Salmond, London, Sweet & Maxwell, 1966 .
- Remedies of English Law, F. H. Lawson, Butter worths, 2nd edition .
- Tort, Hepple and Mathews, Butter worth, Third edition .
- Tort Law, Dias and Markesinis, Clarendon perss, Oxford, 1984 .
- Tort Law, Cases and Economic Analysis, Richard A. Posner, Lihle Brown and Company 1982 .

موضوعات الدراسة

التمهيد : تتبع تاريخى

الفصل الأول : مفهوم الضمان

المبحث الأول : تعريف الضمان :

المبحث الثانى : نوعا الضمان :

المبحث الثالث : مشروعية ضمان العدوان وأسسه العامة :

الفصل الثانى : أركان الضمان

القسم الثانى : موجبات الضمان

الفصل الثالث : التعسف فى استعمال الحقوق

المطلب الأول : مفهوم التعسف :

المبحث الثانى : التصرف فى الملك :

المبحث الثالث : الأضرار المضمونة فى التعسف :

المبحث الرابع : الأضرار العامة :

القسم الثالث : الواجب بالضمان وتطبيقاته .

الفصل الأول : جوابر الأضرار البدنية والمالية

المبحث الأول : مفهوم التعويض :

المبحث الثانى : أنواع الجوابر :

المبحث الثالث : الدية :

المبحث الرابع : الأروش :

المبحث الخامس : العاقلة

المبحث السادس : إيذاء المسلم فى سمعته

الفصل الثانى : جوابر الأضرار المالية والخاصة

المبحث الأول : رد الأعيان

المبحث الثانى : ضمان المثل أو القيمة

سعد سمك للطباعة بالكمبيوتر
١٨٥ ش ترعة الجبل حدائق القبة القاهرة